

VU Research Portal

Vormgeving van samenwerking: Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten - stand van zaken en blik vooruit

van Veen, W.J.M.

published in

SamenWerken in het ondernemingsrecht
2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Veen, W. J. M. (2011). Vormgeving van samenwerking: Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten - stand van zaken en blik vooruit. In L. Timmerman, & B. F. Assink (Eds.), *SamenWerken in het ondernemingsrecht* (pp. 113-155). (IVO-reeks; No. 80). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit

Boek 2 BW, statuten en aan- deelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit

Prof. mr. W.J.M. van Veen

Kluwer – Deventer – 2011

Ontwerp omslag: H2R

ISBN 978 90 13 09117 5
NUR 827 – 715

© 2011, Kluwer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl.

Inhoudsopgave

1. Inleiding	7
2. Art. 2:25 BW: Hoe dwingendrechtelijk is het rechtspersonenrecht?	8
2.1 De aard van het dwingendrechtelijk karakter: ‘Wat niet is toegestaan is verboden’ of... ‘Wat niet is verboden is toegestaan’?	9
2.2 De reikwijdte van art. 2:25 BW: Wel of geen contracteerverbod?	12
2.3 Wat bij statuten kan, kan ook bij overeenkomst?	16
3. Rechtspersonenrechtelijke grenzen aan de toelaatbaarheid van aandeelhoudersovereenkomsten?	18
3.1 Nietigheid of vernietigbaarheid wegens strijd met een wettelijke bepaling	18
3.2 Nietigheid wegens strijd met de goede zeden en openbare orde?	20
3.3 Afspraken over de uitoefening van bevoegdheden door bestuurders en commissarissen	27
4. Doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten in vennootschapsrechtelijke verhoudingen	29
4.1 Discrepancie tussen de statutaire en de contractuele regeling: Welke regeling prevaleert?	30
4.2 Werking jegens (organen van) de vennootschap?	32
4.3 Het belang van de vennootschap en medeaandeelhouders als correctie?	37
5. Voldoende speelruimte bij de vormgeving van samenwerking: Flexibilisering BV-recht?	39

Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit*

Prof. mr. W.J.M. van Veen

1. Inleiding

Hijmans van den Bergh tekende iets meer dan vijftig jaar geleden op dat het voor Nederland van groot gewicht is ‘dat wij niet alleen een goede wetgeving hebben inzake de naamloze vennootschap, maar ook een die uit economisch en sociaal oogpunt de nodige speelruimte laat.’¹ Deze opmerking plaatste hij in de context van het Aurora-arrest dat hierna nog uitgebreid aan de orde zal komen.

Deze uitspraak van Hijmans van den Bergh heeft aan actualiteit niet ingeboet. De modernisering en flexibilisering van het vennootschapsrecht staan hoog op de agenda en er bestaat onverminderd behoefte aan het contractueel vastleggen van afspraken omtrent de wijze van samenwerking in een NV of BV. In de wet wordt hiermee inmiddels in tal van bepalingen rekening gehouden,² maar dit doet er niet aan af dat er nog steeds een levendige discussie is over de vraag hoeveel vrijheid het rechtspersonenrecht laat om de samenwerking naar wens in te richten.

De ophanden zijnde flexibilisering van het BV-recht is een goede aanleiding om de balans op te maken over hoe het staat met die speelruimte en om te bezien of de flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht op dit punt in positieve zin veranderingen zal brengen.

De achtergrond van deze problematiek kan als volgt worden geschetst. In de praktijk wordt de samenwerking in gezamenlijke ondernemingen veelal vorm gegeven door middel van een aandeelhoudersovereenkomst enerzijds en statuten anderzijds. De rechtsverhoudingen worden dan beheerst door twee typen rechtsregels: het contractenrecht enerzijds en het rechtspersonenrecht anderzijds. Dit leidt tot tal van interessante vraagstukken, die vooral worden veroorzaakt doordat het rechtspersonenrecht wezenlijke verschillen vertoont met het contractenrecht. Een belangrijk aspect hierbij is dat het contractenrecht overwegend regelend van aard is terwijl het rechtspersonenrecht goeddeels dwingendrechtelijk van aard is. Dit leidt tot de vraag of partijen hierdoor bij de vormgeving van de samenwerking tegen beperkingen aanlopen en, zo ja, welke dat zijn.

* Deze tekst is een uitwerking van de bijdrage aan het IVO-congres gehouden op 12 en 13 november 2010 te Groningen en zal ook in de ter gelegenheid daarvan uit te brengen congresbundel worden opgenomen.

1 HR 19 februari 1960, *NJ* 1960, 473, m.nt. HB. Zie in gelijke zin reeds P.W. Kamphuisen, ‘Overeenkomsten betreffende het stemrecht in een naamloze vennootschap’, *De NV* 1941, p. 349-357, m.n. p. 350-351.

2 Zonder volledigheid na te streven noem ik art. 2:24a, art. 2:92a/202a lid 4, art. 2:155/265, 2:155a/265a; 2:337 BW en art. 5:45 Wft.

Interessante vraagstukken in dit verband zijn bijvoorbeeld wat het dwingendrechtelijk karakter van Boek 2 BW precies inhoudt en of het dwingendrechtelijk karakter van Boek 2 BW de contractsvrijheid beperkt. Een vraag is ook of bij strijd tussen de statutaire regeling en de contractuele regeling, steeds de statutaire regeling moet prevaleren boven de contractuele regeling en in verband daarmee of een aandeelhoudersovereenkomst een alternatief kan zijn voor een statutaire regeling. Deze problematiek valt uiteen in een aantal deelvragen die ik aan de orde stel in § 2 - dat met name betrekking heeft op de betekenis van art. 2:25 BW - en § 3.

Een ander boeiend onderwerp betreft de doorwerking van contractuele afspraken in vennootschapsrechtelijke verhoudingen. In hoeverre zijn aandeelhouders gehouden om zich bij de uitoefening van hun organisatierechtelijke rechten en/of bevoegdheden rekenschap te geven van hetgeen tussen hen en/of derden is overeengekomen? Moeten ook bestuurders en commissarissen zich mede laten leiden door hetgeen aandeelhouders zijn overeengekomen en maakt het hierbij nog uit of alle aandeelhouders en/of de vennootschap partij zijn bij de overeenkomst of niet? De vraag kan ook worden gesteld of rechtspersonenrechtelijke regelingen of normen doorwerken in de contractuele verhoudingen tussen aandeelhouders onderling en/of eventueel bestuurders of commissarissen. Kan het rechtspersonenrecht bijvoorbeeld aan de geldigheid dan wel de uitvoering van een op zichzelf geldige overeenkomst in de weg staan? In § 4 stel ik enkele hiermee verband houdende vraagstukken aan de orde. In § 5 maak ik de balans op en kijk ik vooruit naar de flexibilisering van het BV-recht.

2. **Art. 2:25 BW: Hoe dwingendrechtelijk is het rechtspersonenrecht?**

Slechts voor zover dat uit de wet blijkt, is het toegestaan van de bepalingen uit Boek 2 BW af te wijken, aldus art. 2:25 BW. Daar waar wordt toegelaten van de wet af te wijken, wordt als regel aangegeven dat dit alleen kan bij of krachtens statuten. De mogelijkheid om bij overeenkomst af te wijken wordt - een enkele uitzondering daargelaten - niet gegeven. In hoeverre kan dan bij overeenkomst van een in Boek 2 BW gegeven bepaling worden afgeweken als deze dwingendrechtelijk van aard is of als het afwijken van een bepaling alleen bij statuten mogelijk is? Deze vraag komt op omdat rechtshandelingen in strijd met dwingend recht als regel nietig dan wel vernietigbaar zijn op grond van art. 3:40 lid 2 BW.³

Mijns inziens valt deze problematiek in hoofdlijnen uiteen in een drietal deelvragen. De eerste heeft betrekking op de aard van het dwingend recht van Boek 2 BW. Als Boek 2 BW een bepaalde aangelegenheid regelt, is zij dan uitputtend geregeld? De tweede vraag betreft de reikwijdte van art. 2:25 BW. Heeft art. 2:25 BW mede de strekking om contractuele regelingen die niet in overeenstemming zijn met bepalingen uit Boek 2 BW te bestrijden? De derde vraag is of een contractuele regeling krachteloos is, voor zover hetgeen daarin in afwijking van de regeling in Boek 2 is bepaald, volgens Boek 2 BW alleen bij statuten kan worden geregeld. Deze drie vragen komen in de volgende paragrafen aan de orde.

3 Zie hierover Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 323.

2.1 *De aard van het dwingendrechtelijk karakter: 'Wat niet is toegestaan is verboden' of... 'Wat niet is verboden is toegestaan'?*

De eerste vraag is of uit het gegeven dat een bepaalde aangelegenheid is geregeld in Boek 2 BW, kan worden afgeleid dat daarmee in beginsel ook een uitputtende regeling is gegeven. Als men hiervan zou uitgaan dan zou dat impliceren dat wat niet expliciet is toegestaan, verboden is. Van deze benadering kunnen in de literatuur en parlementaire stukken verschillende voorbeelden worden aangetroffen.

Ik noem als voorbeeld de discussie over de reikwijdte van art. 2:81/192 BW, in het bijzonder de vraag of het is toegestaan bij statuten verbintenissen tussen aandeelhouders onderling op te leggen. Van der Grinten meende dat dit artikel ziet op verbintenissen van aandeelhouders jegens de vennootschap en dat het daarom niet mogelijk is verbintenissen jegens anderen dan de vennootschap aan het aandeelhouderschap te verbinden.⁴ Een ander voorbeeld is de redenering in de memorie van toelichting bij de wet tot afschaffing van de juridisch-technische toetsing van statuten. De minister stelde hierin dat uit de wet volgt dat de figuur van de plaatsvervangend commissaris niet is toegestaan, omdat de wet deze figuur niet kent.⁵

Volgt men deze redenering dan zou het bijvoorbeeld ook niet zijn toegestaan om bij overeenkomst of statuten een recht op informatie toe te kennen aan individuele aandeelhouders of commissarissen omdat de wet dit recht slechts toekent aan de algemene vergadering (art. 2:107/217 BW) respectievelijk de raad van commissarissen (art. 2:141/251 BW). De praktijk is echter dat zowel in overeenkomsten als in statuten individuele aandeelhouders recht op informatie wordt toegekend.⁶ Ook zou moeten worden betwijfeld of in de statuten van een vereniging of stichting een belet- en ontstentenisregeling zou kunnen worden opgenomen. De wet voorziet hierin immers niet. Enzovoort.

Mij is deze manier van redeneren te kort door de bocht. Eén van de bezwaren tegen deze manier van redeneren is dat geen verband wordt gelegd tussen de ratio van de regeling en de daaraan toegedichte restricties.⁷ Een ander bezwaar is dat zij geen recht doet aan het historische gegeven dat tal van bepalingen in de praktijk zijn ontwikkeld en pas daarna in de wet zijn opgenomen. Ik noem bijvoorbeeld de belet- en ontstentenisregeling⁸ en de regeling omtrent de bindende voordracht.⁹ Het

⁴ Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek* 1992, nr. 172.

⁵ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 4.

⁶ Dat geldt overigens ook voor leden van een toezichthoudend orgaan. In statuten wordt daar als regel aan toegevoegd dat dan ook de overige aandeelhouders of toezichthouders de gevraagde informatie krijgen toegezonden, dit om te voorkomen dat er bij de anderen een informatieachterstand kan ontstaan.

⁷ Zo kan er met betrekking tot de genoemde voorbeelden op worden gewezen dat art. 2:81/192 BW is gericht op het beschermen van aandeelhouders tegen het eenzijdig opleggen van (vermogensrechtelijke) verbintenissen boven de stortingsplicht (*Handelingen der Staten-Generaal*, 1924/25, Bijlage 69.1, p. 16-17) en dat de belet- en ontstentenisregeling haar aanleiding vindt 'in de noodzakelijkheid, dat althans één bestuurder nimmer ontbreke.' Zie *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen 1909-1920, nr. 217.3, p. 37.

⁸ Kennelijk was het tot aan de invoering van de belet- en ontstentenisregeling in art. 48b lid 3 WvK, praktijk dat op voorschrift van de departementale richtlijnen werd voorzien in een belet- en ontstentenisregeling. Zie W.C. Treurniet, 'Departementale standpunten IV', *De NV* 1979, p. 111-112. Voordien voorzagen statuten al in belet- en ontstentenisregelingen. Zie Th.H. Graaf van Limburg Stirum, *Iets over de naamloze maatschappijen*, 's-Gravenhage: Gebr. Van Cleef 1829, p. 108-109.

⁹ Zie hierover M. Meinema, *Dwingend recht voor de besloten vennootschap*, diss. UM, IVO-reeks nr. 43, Deventer: Kluwer 2003, p. 29.

belangrijkste bezwaar is echter dat zij geen recht doet aan het feit dat het rechtspersonenrecht deel uitmaakt van het privaatrecht en het partijen vrij staat rechtspersonen op te richten en daarin te participeren. Het ligt dan in de rede dat de autonomie van partijen het uitgangspunt dient te zijn. De wetgever kan hieraan - om legitieme redenen¹⁰ - beperkingen stellen maar die moeten dan uit de wet voortvloeien.¹¹ Dit pleit voor een restrictieve interpretatie van art. 2:25 BW.

De betere benadering is dan ook mijns inziens dat een wettelijke bepaling alleen dan uitputtend is indien dit de bedoeling van de wetgever is geweest. Het uitgangspunt is dan dat wat niet is verboden, is toegestaan. Dit is vooral van belang bij de beoordeling van wat wel en wat niet in statuten kan worden opgenomen.¹² Ook van deze benadering kan een voorbeeld worden genoemd uit de memorie van toelichting bij de wet tot afschaffing van de juridisch-technische toetsing van statuten, waar wordt gesteld dat besluiten van een vennootschapsorgaan als regel aan de goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan kunnen worden onderworpen, tenzij uit de wet anders voortvloeit.¹³

Hoe wordt in de jurisprudentie met deze problematiek omgegaan? Een voorbeeld uit de rechtspraak van de Hoge Raad waarin deze benadering naar voren komt, is het arrest HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 436 (Verenigde Bootlieden), waarin aan de orde was of een blokkeringsregeling kon bestaan uit een combinatie van een goedkeuringsregeling en een aanbiedingsregeling. Deze vraag kwam op omdat art. 2:195 BW die mogelijkheid niet kent. De Hoge Raad overwoog in dit verband:

*'(...) Uit de tekst van art. 195 valt niet af te leiden dat een blokkeringsregeling volgens het goedkeuringsstelsel niet zou mogen worden gecombineerd met een blokkeringsregeling volgens het aanbiedingsstelsel. Ook de wetsgeschiedenis geeft, zoals is uiteengezet in de conclusie van het OM onder 6.2.4 en 6.2.5, geen steun aan de opvatting dat een dergelijke combinatie ontoelaatbaar is. Evenmin valt in te zien dat het combineren van beide stelsels met de ratio van het in art. 195 neergelegde blokkeringsvereiste in strijd zou zijn.'*¹⁴

De Hoge Raad kiest hiermee mijns inziens voor de tweede benadering, die ik ook meen te bespeuren in de rechtspraak van de Ondernemingskamer. Deze besliste namelijk dat ook indien een individueel recht op informatie niet is bedongen, dit recht dient te worden aangenomen indien partijen zijn overeengekomen dat elke

¹⁰ Zie voor wat betreft het rechtspersonenrecht M. Meinema, a.w. (noot 9), p. 15-19 en daar vermelde literatuur.

¹¹ In dezelfde zin als ik het goed zie M. Meinema, a.w. (noot 9), p. 238. Vgl. L. Timmerman, *Onderstromen in het privaatrechtelijk rechtspersonenrecht*, Preadvies NJV 2000, p. 162 die nog iets verder lijkt te willen gaan en de regeling van art. 2:25 BW wil afschaffen. Ik betwijfel overigens of dit de zaak veel eenvoudiger zal maken.

¹² De geïnteresseerde lezer kan ik in dit verband de preadviezen van Bosse, Schoonbrood en Ten Berg voor de KNB 2002, gebundeld onder de titel *'Statuten zonder bezwaar'*, van harte aanbevelen.

¹³ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 9. Zie ook *Kamerstukken II* 1999/00, 26 277, nr. 5, p. 10 (NEV II), waaruit kan worden afgeleid dat de wettelijke grondslag voor dit standpunt (a contrario) ten aanzien van besluiten van de algemene vergadering is gelegen in art. 2:101/210 lid 4 BW. Hiermee is mijns inziens niet gezegd dat een besluit alleen dan niet aan goedkeuring kan worden onderworpen indien dit expliciet in de wet is bepaald, waarover ook het slot van deze paragraaf. Zie ook o.m. H.J. de Kluiver/M. Meinema, 'Dwingend vennootschapsrecht na de Wet herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire en contractuele afwijking en aanvulling', *WPNR* 6503 (2002), p. 650; M. van Olffen, 'Inrichting van statuten zonder preventief toezicht', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *A-T-D* (Van Schilfgaarde-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 340.

¹⁴ Zie r.o. 4.5.1.

partner direct of indirect aan het bestuur kan deelnemen, en aldus hebben beoogd elke partner nauw bij de besluitvorming te betrekken.¹⁵ Ook deze uitspraak sluit aan bij de tweede benadering: Inderdaad ontleent de individuele aandeelhouder aan art. 2:107/217 lid 2 BW geen recht op informatie, maar dit staat er niet aan in de weg dit recht bij aandeelhoudersovereenkomst en/of statuten toe te kennen, nu de wet zich hiertegen niet verzet. Wel kan in uitzonderlijke gevallen het belang van de vennootschap zich tegen het verstrekken van die informatie verzetten. Zie ook hierna § 4.3. Dit lijkt mij een juiste en wenselijke wetstoepassing.

Met deze benadering, die niet alleen conceptueel de beste papieren heeft maar ook steun heeft in de jurisprudentie, zijn overigens niet alle vragen beantwoord. Of en in hoeverre is beoogd dat een regeling uitputtend van aard is, is niet zelden een kwestie van interpretatie waarbij wettekst, strekking, toelichting en mijns inziens ook wetsystematiek moeten worden betrokken.¹⁶ De hierboven geciteerde overwegingen van de Hoge Raad geven daar blijk van. De opvattingen over het antwoord op de vraag in hoeverre een bepaling dwingendrechtelijk van aard is, kunnen dan ook verschillen.¹⁷

In het kader van de vraag ‘hoe dwingend is ons rechtspersonenrecht?’, merk ik terzijde op dat de departementale richtlijnen soms een van de wet afwijkende regeling toelieten, zoals in par. 6 waarin een zwaardere quorumeis werd toegelaten dan art. 2:133/243 BW toelaat, mits bij het ontbreken van dit quorum een tweede vergadering werd bijeengeroepen waarin de wettelijk toegelaten quorumeis gold. Verder werd ook toegelaten statutair te bepalen dat de prijs van prioriteitsaandelen werd gesteld op de nominale waarde, mits zij slechts (ook bij liquidatie) recht gaven op een dividend ter hoogte van een vast percentage (maximaal de wettelijke rente) van de nominale waarde. De Hoge Raad bevond deze regeling overigens impliciet in orde.¹⁸ Op deze wijze wordt vrij losjes met de wettelijke regelingen omgegaan.

Dit doet er niet aan af dat deze benadering meer recht doet aan het uitgangspunt van de autonomie van partijen en bovendien stimuleert tot meer en diepgaander discussies over de grenzen die het rechtspersonenrecht stelt en zou moeten c.q. mogen stellen aan de partijautonomie. Ook dwingt het de rechter en - bij het ontwerpen van nieuwe regelingen - de wetgever, nadrukkelijker te motiveren waarom en in hoeverre een regeling dwingendrechtelijk van aard is of moet zijn. De verwezenlijking van de uit economisch en sociaal oogpunt wenselijke speelruimte - om in

15 OK 8 mei 2002, *JOR* 2002/112 (Broadnet).

16 In deze zin ook H.J. de Kluiver/M. Meinema, a.w. (noot 13), p. 650. Zie ook *Kamerstukken II* 1999/00, 26 277, nr. 5, p. 10 (NEV II), waar ten aanzien van besluiten van de raad van commissarissen wordt gesteld dat uit het vennootschappelijke systeem voortvloeit dat zijn besluiten niet aan goedkeuring kunnen worden onderworpen.

17 Een vraag is bijvoorbeeld of met art. 2:133/243 BW een uitputtende regeling is gegeven omtrent de inperking van de benoemingsbevoegdheid van de algemene vergadering. Zie hierover Asser-Maeijer 2-III, nr. 313 (uitputtend); Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nr. 432 (niet-uitputtend); H.J. de Kluiver/M. Meinema, a.w. (noot 13), p. 650 (niet uitputtend). Omdat de strekking van de regeling is dat de benoemingsbevoegdheid niet de facto aan de algemene vergadering kan worden ontnomen, volgt hieruit mijns inziens niet zonder meer dat een andere beperking, zoals goedkeuring door de prioriteit, in strijd is met art. 2:133/243 BW.

18 HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 126 (Hoffmann/Hoffmann) m.nt. Ma.

de woorden van Hijmans van den Bergh te spreken - is met deze benadering het meeste gediend.

2.2 *De reikwijdte van art. 2:25 BW: Wel of geen contracteerverbod?*

Rechtshandelingen in strijd met dwingend recht zijn nietig dan wel vernietigbaar, tenzij uit de strekking van de desbetreffende bepaling anders voortvloeit, aldus art. 3:40 BW. Wat betekent in dit verband de zinsnede in art. 2:25 BW dat 'slechts als de wet dit toestaat' van een bepaling uit Boek 2 BW kan worden afgeweken voor contractuele afspraken waarmee een rechtstoestand wordt beoogd die rechtspersonenrechtelijk niet is toegestaan? En wat betekent dit voor contractuele regelingen die rechtspersonenrechtelijk wel zijn toegestaan, mits deze in statuten zijn opgenomen? Is de aandeelhoudersovereenkomst dan het verkeerde document zodat de daarin opgenomen regeling rechtskracht mist? De kern van de vraag is of het dwingendrechtelijk stelsel van het rechtspersonenrecht ertoe strekt dat dergelijke contractuele arrangementen nietig dan wel vernietigbaar zijn.

In de literatuur zijn inderdaad verschillende voorbeelden te vinden van de opvatting dat Boek 2 BW zich verzet tegen contractuele regelingen waarmee een rechtstoestand is beoogd die niet in statuten zou kunnen worden opgenomen. Dit komt tot uitdrukking in het standpunt dat dergelijke contractuele regelingen, nietig dan wel vernietigbaar zijn. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan afspraken over de bepaling en/of betaling van de prijs bij vrijwillige of gedwongen overdracht van de aandelen,¹⁹ of aan contractuele arrangementen die tot doel hebben dat feitelijk elke aandeelhouder een of meer bestuurders kan benoemen. De benoeming moet immers dwingendrechtelijk door de algemene vergadering plaatsvinden.²⁰

Over hoe de wetgever heeft gedacht over de verhouding tussen aandeelhoudersovereenkomsten, statuten en het rechtspersonenrecht, heb ik in de parlementaire geschiedenis bij art. 37d WvK (de voorganger van art. 2:25 BW) en bij art. 2:25 BW zelf, geen passages aangetroffen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt wel wat de wetgever wél heeft beoogd met het via art. 37d (aanvankelijk 39a) WvK bewerkstelligde stelsel van dwingend recht. Materieel was het wetgever er kort gezegd om te doen om de aandeelhouders tegen zichzelf in bescherming te nemen.²¹ 'Er blijven echter steeds bepalingen over, hoofdzakelijk die welke op de inwendige organisatie betrekking hebben, waarvan afwijking bij de akte van oprichting geoorloofd moet blijven.'²²

19 Zie bijvoorbeeld L. Timmerman, 'Waarom hebben wij dwingend vennootschapsrecht?', in: *Ondernemingsrechtelijke contracten*, IVO reeks nr. 14, Deventer: Kluwer 1991, p. 9 e.v.

20 Art. 2:132/242 BW, behoudens toepasselijkheid van de structuurregeling. In deze zin bijvoorbeeld P. van Schilf-gaarde, 'Contractuele structurering van bestuur en toezicht', in: *Ondernemingsrechtelijke contracten*, p. 15-16. Zie ook M.W. den Boogert, 'Aanpassing van Boek 2 BW voor joint venture-doeleinden?', *AA* 44 (1995), p. 26 e.v. en J.J.M. Maeijer, 'De stemovereenkomst van aandeelhouders', in: *Recht zo die gaat* (Van der Ploeg-bundel), 1976, p. 98 e.v.

21 Dat dit al langer een zorg was die de overheid zich aantrok, blijkt uit de beschrijvingen van Th.H. Graaf van Limburg Stirum, a.w. (noot 8), p. 112-113. Separaat daarvan bestond uiteraard het oogmerk om ook crediteuren in bescherming te nemen. Zie 'Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap (...)', Den Haag: gebr. Belinfante 1929, p. 39.

22 Belinfante, a.w. (noot 21), p. 59.

In deze en andere passages uit de toelichting op dit artikel wordt vervolgens alleen gesproken over de verhouding van de bepalingen uit de wet en de statuten. Het wettelijk stelsel is erop gericht duidelijkheid te verschaffen over de vraag van welke bepalingen afwijking bij statuten mogelijk is en van welke niet.²³ Dat hiermee tevens is beoogd de contractsvrijheid in te perken, blijkt niet.²⁴ Dit biedt derhalve ruimte voor de opvatting dat art. 2:25 BW en het daarmee hangende stelsel van dwingend recht die strekking niet heeft.

Voor deze opvatting zijn mijns inziens goede argumenten aan te voeren. Statuten verschillen conceptueel wezenlijk van aandeelhoudersovereenkomsten. Dit komt ook in de wettelijke systematiek naar voren. In de statuten worden de identiteit van de rechtspersoon en - in aanvulling op de wet - zijn interne organisatie neergezet, met inbegrip van de rechten en verplichtingen van de bij de organisatie betrokkenen. De wettelijke en statutaire regeling - eventueel aangevuld met reglementen of besluiten van algemene strekking - zijn ten opzichte van de bij de organisatie betrokkenen objectiefrechtelijk van aard.²⁵ Een statutaire regeling is naar haar aard in beginsel bindend voor eenieder die krachtens de wet of statuten bij de organisatie van de rechtspersoon is betrokken. Een contractuele regeling daarentegen is in principe alleen bindend voor degenen die daarbij partij zijn. Een stemovereenkomst of andere overeenkomst waarbij een aandeelhouder zich verbindt over het uitoefenen van zijn bevoegdheden, behoeft ook niet te gelden tussen of jegens alle aandeelhouders.

Gezien deze conceptuele verschillen en de wettelijke systematiek ligt het mijns inziens, als het gaat om de reikwijdte van Boek 2 BW, niet zo voor de hand om statuten en aandeelhoudersovereenkomsten op één lijn te stellen. Dit impliceert ook dat de toelaatbaarheid van aandeelhoudersovereenkomsten niet zo problematisch behoeft te liggen. Zolang partijen niet beogen de wettelijk en/of statutair vastgelegde organisatie te verstoren, kunnen statuten en aandeelhoudersovereenkomst op zichzelf naast elkaar fungeren. Zie hierna § 2.3 en § 3.2.

Een interessante vraag in dit verband is hoe in de jurisprudentie met deze problematiek wordt omgegaan. In de jurisprudentie zijn inmiddels de nodige uitspraken gedaan waarin de verhouding tussen het contractenrecht enerzijds en het rechtspersonenrecht (statuten) anderzijds aan de orde was. De vraag is of in deze jurisprudentie een zeker patroon kan worden ontdekt.

De standaardarresten op dit punt zijn naar mijn mening de uitspraken van de Hoge Raad over de geldigheid van stemovereenkomsten. Zo oordeelde de Hoge Raad in het Wennex-arrest dat een overeenkomst over hoe de stem dient te worden uitgebracht bij een patstelling in de algemene vergadering, geldig is.²⁶ Een belangrijke overweging uit dit arrest is dat het stemrecht de aandeelhouder is toegekend om zijn

23 Zie Belinfante, a.w. (noot 21), p. 40, 59. De wet stelt overigens op enkel punt reglementen gelijk met statuten, zoals in art. 2:41a BW.

24 In deze zin ook M. Meinema, a.w. (noot 9), p. 26.

25 Zie hierover nader S.G.M. Buys, 'Statuten, reglementen en besluiten beschouwen als algemene voorwaarden?', *TVT'S* 1992, p. 148-150.

26 HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/45, 465.

belang in de vennootschap te dienen. Het staat de aandeelhouder daarom vrij om, indien hij meent dat zijn belang in de vennootschap daarmee het beste is gediend, over de uitoefening van het stemrecht afspraken te maken.

In latere arresten bestendigde de Hoge Raad deze uitspraken. In het arrest inzake Destilleerderij Melchers²⁷ overwoog de Hoge Raad bovendien dat het hierbij geen verschil maakt dat de overeenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, ter borging van de afspraken boeteclausules zijn overeengekomen en onherroepelijke volmachten zijn verstrekt.²⁸ In het Aurora-arrest betrof het afspraken tussen aandeelhouders en de houder van opties op aandelen in het kapitaal van de vennootschap. De Hoge Raad expliciteerde in dit arrest dat ook afspraken over het gebruik van zeggenschapsrechten tussen aandeelhouders en derden in beginsel geldig zijn. Voorts overwoog de Hoge Raad nadrukkelijk dat ook overeenkomsten met betrekking tot de uitoefening van de rechten van de aandeelhouder ten aanzien van benoeming en ontslag van commissarissen, geldig zijn. Dit betreft niet alleen het stemrecht zelf, maar ook ‘de rechten welke het hem mogelijk maken stemming over enig besluit te verkrijgen’, aldus de Hoge Raad.²⁹

Hoewel dit niet met zoveel woorden in deze arresten aan de orde was, is de implicatie van deze arresten dat regelingen in aandeelhoudersovereenkomsten op basis waarvan individuele aandeelhouders feitelijk hun ‘eigen’ bestuurder kunnen benoemen, in beginsel rechtsgeldig zijn. Het gegeven dat art. 2:132/242 BW niet toelaat om dit in statuten op te nemen, staat hieraan niet in de weg. De wetgever heeft dit inmiddels via art. 2:24a BW erkend.³⁰

Een uitspraak waarin de verhouding tussen een dwingendrechtelijke regeling uit Boek 2 BW en daarmee strijdige arrangementen explicieter aan de orde kwam, is de beschikking van de Hoge Raad inzake HVA-Westertoren.³¹ In de casus die hieraan ten grondslag lag, was geen sprake van een overeenkomst tussen aandeelhouders, maar tussen bestuurders, commissarissen en een strategische partner van de vennootschap, Socfin. In deze (enquête)procedure was onder meer aan de orde dat de commissarissen van HVA - waarop het structuurregime van toepassing was - zich jegens Socfin hadden verbonden ervoor zorg te dragen dat de raad van commissarissen permanent op een bepaalde wijze zou zijn samengesteld, waarbij Socfin het recht kreeg op benoeming van een aantal commissarissen overeenkomstig haar advies alsmede een recht van bezwaar tegen benoeming van kandidaten in andere vacatures.

²⁷ HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472.

²⁸ Voor de goede orde merk ik op dat hieruit niet volgt dat onherroepelijke volmachten privaat werken. Wel wordt bewerkstelligd dat een aandeelhouder bij afwezigheid ter vergadering niet kan verhinderen dat hij door de gevolmachtigde wordt vertegenwoordigd. Zie ook W.C.L. van der Grinten, *AA IX*, 1959-1960, p. 60.

²⁹ HR 19 februari 1960, *NJ* 1960, 473 m.nt. HB.

³⁰ Art. 2:24a BW is in 1988 ingevoerd ter implementatie van de zevende richtlijn. De richtlijn noopte niet tot erkenning van de geldigheid van overeenkomsten omtrent de benoeming en het ontslag van bestuurders. De wetgever is hiertoe eigener beweging overgegaan. Zie *Kamerstukken II* 1986/87, 19 813, nr. 3, p. 9-10 (MvT). In deze zin o.m. P.J. Dortmond, congresverslag, a.w. (noot 19), p. 111; Van Schilfgaarde/Winter, *Van de BV en de NV* (15^e druk), p. 231. Anders P. van Schilfgaarde, Contractuele structurering van bestuur en toezicht, in: *Ondernemingsrechtelijke contracten*, p. 15-16 en p. 113, die evenwel op de genoemde arresten niet ingaat en zich vooral lijkt te baseren op het Wijsmuller-arrest (HR 15 juli 1968, *NJ* 1969, 101). Ik kom hierop terug in § 3.2.

³¹ HR 19 maart 1975, *NJ* 1976, 267 m.nt. BW.

Hoewel de structuurregeling onder meer niet toeliet dat commissarissen op bindende voordracht werden benoemd,³² oordeelde de Hoge Raad dat de samenwerkingsovereenkomst ‘op zichzelf niet strijdt met een van de in het onderdeel genoemde artikelen uit het Wetboek van Koophandel’. De Hoge Raad beargumenteerde dit oordeel verder niet. Dit doet er niet aan af dat de Hoge Raad uit het dwingendrechtelijk karakter van de regeling kennelijk niet afleidt dat contractuele regelingen waarmee een rechtstoestand wordt beoogd die niet in statuten zou kunnen worden vastgelegd, reeds om die reden ongeldig zijn.

Een recentere uitspraak waarin de verhouding tussen een contractuele regeling en dwingendrechtelijke regeling expliciet aan de orde was, is het arrest van het Hof Den Haag 7 augustus 2008.³³ In dit arrest speelde de vraag naar de geldigheid van een contractuele regeling omtrent de vaststelling van de prijs van aandelen in een BV bij een gedwongen overdracht van de aandelen. Op grond van art. 2:195a lid 3 BW moeten de statuten van een BV voorzien in een regeling inhoudende dat de aanbiedende aandeelhouder, indien hij dit verlangt, van degene aan wie hij zijn aandelen ingevolge de statuten kan of moet overdragen, een prijs ontvangt die gelijk is aan de waarde vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen. Boek 2 BW is op dit punt dwingendrechtelijk van aard.³⁴ In de onderhavige zaak was echter, zoals zo vaak voor komt, in de aandeelhoudersovereenkomst een hiermee strijdige prijsbepalingsregeling opgenomen. De desbetreffende aandeelhouder betoogde dat de contractuele regeling nietig of althans vernietigbaar was wegens strijd met dwingend recht.

Het Hof Den Haag verwierp dit standpunt. Het Hof verwees daarbij onder meer naar de ontwikkeling in de rechtspraktijk en de flexibilisering van het BV-recht. De kernoverweging van het hof is evenwel de volgende:

‘Het hof onderschrijft het standpunt van Ramsley c.s. dat artikel 2:195a lid 3 BW een regel van dwingend recht geeft, met dien verstande dat die regel alleen het vaststellen van statuten verbiedt die inhouden dat een aandeelhouder bij gedwongen uitkoop voor zijn aandelen een prijs van minder dan de werkelijke waarde ontvangt. Over overeenkomsten die zo’n regeling bevatten is in artikel 2:195a BW niets bepaald. (...) Niet goed valt in te zien waarom het beginsel van de contractsvrijheid hier zou moeten terugtreden.’³⁵

32 Naar huidig recht is dit niet anders. Zie art. 2:158/268 lid 4 BW. Om deze reden kritisch: J.J.M. Maeijer, a.w. (noot 20), p. 99.

33 JOR 2008/262 m.nt. Stokkermans. Over deze uitspraak o.m. J.L.A. Nicolai, ‘Contractuele regeling van de waarde-bepaling bij uitstoting’, *Ondernemingsrecht* 2009, p. 735 e.v. en B.T.M. Steins Bisschop, ‘Niets is meer zeker, zelfs niet het dwingend recht’, *TvOB* 2010, p. 51 e.v.

34 Zie echter het al genoemde arrest HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 126 m.nt. Ma (Hoffmann/Hoffmann), waarin de Hoge Raad in concrete omstandigheden gezien de statutaire prijsbepaling het benoemen van deskundigen ex art. 2:339 BW niet nodig achtte.

35 De ratio van deze bepaling is dat “wordt gewaarborgd dat de aandeelhouder niet als gevolg van de blokkerings-regeling genoegen moet nemen met een lagere prijs dan de getaxeerde waarde van zijn aandelen”. *Kamerstukken II* 1970/71, 10 689, nr. 7, p. 5. Hiervan uitgaande richt art. 2:195 BW zich niet tegen contractuele regelingen waaruit een lagere prijs voortvloeit. In cassatie - dat met een beroep op art. 81 RO werd afgedaan - kwam deze kwestie niet aan de orde (HR 23 oktober 2009, *LJN* BJ7331). Vermeldenswaard is wellicht dat A-G Timmerman het standpunt innam dat de contractuele regeling geldig is. Hiermee komt hij terug op zijn eerder ingenomen standpunt, t.a.p. noot 19. Hij noemt hierbij als voorwaarde dat de regeling duidelijk concreet omschreven is en voor de aandeelhouder voorzienbare gevallen betreft (nr. 5.6). Of hij hiermee bedoelt te zeggen dat een zwaardere

Het patroon in de bovengenoemde uitspraken is mijns inziens dat art. 2:25 BW en het daarmee samenhangende stelsel van dwingend recht niet de strekking heeft om de contractsvrijheid in te perken. Hierbij merk ik op dat in deze uitspraken verschillende contractuele constellaties aan de orde waren. Deze varieerden van overeenkomsten waarbij alle aandeelhouders partij waren, overeenkomsten waarbij enkele aandeelhouders en derden partij waren tot overeenkomsten waarbij (alle) commissarissen betrokken waren. Op dit laatste kom ik nog terug in § 3.3.

Het gegeven dat op grond van art. 2:25 BW van een wettelijke regeling niet kan worden afgeweken bij statuten, leidt er - zo kan uit de jurisprudentie worden afgeleid - niet toe dat om die reden op dat punt ook een contracteerverbod geldt.³⁶ Deze uitkomst sluit goed aan bij hetgeen de wetgever heeft beoogd. Zij past bovendien goed bij het hierboven beschreven conceptuele verschil tussen statuten enerzijds en overeenkomsten anderzijds. Ik werk dit nader uit in § 2.3.

Naar mijn mening kan dan ook worden geconcludeerd dat het met art. 2:25 BW samenhangende stelsel van dwingend recht er niet toe strekt de contractsvrijheid te beperken. Hiermee is uiteraard niet gezegd dat uit het rechtspersonenrecht geen nietigheid of vernietigbaarheid van overeenkomsten of uitvoeringshandelingen kan voortvloeien. Dit is een geheel ander vraagstuk. Hierop ga ik in § 3 nader in.

2.3 *Wat bij statuten kan, kan ook bij overeenkomst?*

In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat art. 2:25 BW en het daarmee samenhangende stelsel van dwingend recht, niet gericht is op het beperken van de contractsvrijheid. Volgt men deze gedachtegang, dan lijkt het logische gevolg hiervan te zijn dat in aandeelhoudersovereenkomsten in beginsel dezelfde onderwerpen kunnen worden behandeld als in statuten. In de praktijk is dit ook niet zelden het geval. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan overdrachtsbeperkingen, meerderheids- en quorumeisen, het recht op terugbetaling van agioreserves, of de opschorting van rechten van aandeelhouders. Uitgaande van de geldigheid van deze contractuele regelingen, is vervolgens de vraag hoe deze zich verhouden tot de wettelijke en eventuele statutaire regeling.

Zoals in de vorige paragraaf al aan de orde kwam, ligt het niet zo voor de hand om aandeelhoudersovereenkomsten gelijk te stellen aan statuten. Het gegeven dat een aandeelhoudersovereenkomst op zichzelf geldig is, noopt dan ook niet tot de conclusie dat zij hetzelfde effect sorteert als statuten. Het zou mij ook te ver gaan om deze conclusie te trekken. Het gegeven dat de wet expliciet verwijst naar de statuten van de rechtspersoon als het document waarin de afwijkende of aanvullende regeling kan worden opgenomen, kan moeilijk worden genegeerd. Het wettelijk systeem is dat organisatierechtelijke rechten, bevoegdheden en verplichtingen - met inbegrip van de bevoegdheid om een organisatierechtelijke rechtsbetrekking of bevoegdheid

toets geldt dan het bepaalbaarheidsvereiste van art. 6:227 BW is mij niet duidelijk. Voor zo'n zwaardere toets zie ik vooralsnog geen grond.

36 In deze zin ook nog Rb. Amsterdam 15 oktober 2008, *JOR* 2009/124 (*Ixus Holding*).

te doen overgaan - door de wet, en voor zover de wet dit toelaat, bij statuten, reglement of besluit worden bepaald.

In grote lijnen zou men de verhouding tussen statuten enerzijds en aandeelhoudersovereenkomsten anderzijds, als volgt kunnen zien. In de statuten worden - naast de naam, doelstelling en structuur - in aanvulling op of afwijking van de wet (overwegend maar niet uitsluitend) organisatierechtelijke rechten en -bevoegdheden gegeven.³⁷ Een contractuele regeling heeft betrekking op de wijze waarop die rechten en bevoegdheden zullen worden uitgeoefend. De ruimte hiertoe is, zoals in § 3.2 en 3.3 aan de orde zal komen, niet onbeperkt.

Deze benadering brengt onder meer mee dat de krachtens wet en/of statuten aan een aandeel, orgaan of bepaalde functie verbonden rechten en/of bevoegdheden als zodanig niet bij overeenkomst kunnen worden doorbroken of gewijzigd. Partijen kunnen natuurlijk bij overeenkomst ook vastleggen hoe de verdeling van die organisatierechtelijke rechten en bevoegdheden zal zijn. Om dit te realiseren moeten zij dit echter in de statuten verwerken.

Een verwijzing in statuten naar een aandeelhoudersovereenkomst, brengt hierin geen verandering. Het inlassen door verwijzing (*incorporation by reference*) is ten aanzien van statuten mijns inziens in de huidige systematiek niet mogelijk. Statuten moeten overeenkomstig de wet tot stand komen hetgeen onder meer vereist dat zij in een notariële akte moeten zijn opgenomen (zie art. 2:124/234 BW). Alleen tekst die is opgenomen in de notariële akte houdende de statuten(wijziging), maakt onderdeel uit van de statuten.³⁸ Dit laat onverlet dat in statuten naar een aandeelhoudersovereenkomst kan worden verwezen in het kader van bijvoorbeeld een eis voor het aandeelhouderschap. Er kan immers ook naar een reglement of andersoortig document worden verwezen, zonder dat de hierin opgenomen bepalingen onderdeel uitmaken van de statutaire regeling. Omgekeerd kan een statutaire regeling wel onderdeel uitmaken van een contractuele verhouding tussen aandeelhouders en derden.³⁹

In essentie heeft ook de Hoge Raad zich in deze zin uitgelaten, door te overwegen dat de contractuele gebondenheid ten aanzien van het uitbrengen van de stem, vennootschapsrechtelijk het stemrecht volkomen onaangetast laat. De desbetreffende aandeelhouder pleegt wellicht wanprestatie als hij in afwijking van de afspraken stemt, maar aan de geldigheid van zijn stem doet dit niet af.⁴⁰ Ook hieruit spreekt dat bij contractuele regeling geen wijziging wordt gebracht in de wettelijk of statutair toegekende bevoegdheden of rechten als zodanig.⁴¹

Deze gedachtegang volgend, is er een relevant onderscheid tussen statuten en aandeelhoudersovereenkomsten, zonder dat dit raakt aan de discussie over de geldigheid van aandeelhoudersovereenkomsten indien deze regelingen bevatten die niet in statuten zijn of kunnen worden opgenomen. Er kan ook sprake zijn van een discrepantie

37 Alsmede het verkrijgen of verliezen van een organisatierechtelijke verhouding met de rechtspersoon, waaronder de overdraagbaarheid van aandelen en/of de daaraan verbonden rechten en bevoegdheden.

38 Zie nader J.A.M. ten Berg, Preadvies KNB 2002, 186 e.v. en daar aangehaalde literatuur. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 4 (MvT).

39 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 2 maart 2010, *JOR* 2010/150 m.nt. Blanco Fernández.

40 HR 30 juni 1944, *NJ* 1944, 465 (Wennex).

41 De wet kan uiteraard anders bepalen. Zie art. 2:92a/201a lid 4 BW en art. 2:337 BW.

tussen een statutaire en contractuele regeling, zonder dat dit afbreuk doet aan de geldigheid van de contractuele of de statutaire regeling, waarover nader § 4.1.

Wel is het zo dat het juridisch effect van een statutaire regeling verschilt van een contractuele regeling. Zo volgt uit de wet dat slechts bij statuten gevarieerd kan worden op het winstrecht.⁴² Dit staat aan de geldigheid van bijvoorbeeld een *poolovereenkomst* tussen aandeelhouders niet in de weg, maar brengt in principe geen wijziging in het winstrecht jegens de vennootschap.⁴³ Ook kan slechts op basis van een bij statuten gegeven regeling het stemrecht van aandeelhouders dan wel het vergaderrecht worden opgeschort. Contractuele regelingen die daarop zijn gericht, zijn weliswaar in beginsel geldig - en verplichten wellicht afdwingbaar tot stemonthouding en eventueel het verlenen van medewerking aan het wijzigen van statuten indien de statuten niet aansluiten bij hetgeen partijen op dit punt zijn overeengekomen - maar laten de genoemde rechten als zodanig onverlet. Partijen kunnen afspraken maken over de te volgen procedures en de personen aan wie aandelen (niet) kunnen worden overgedragen, maar de overdraagbaarheid van aandelen als zodanig wordt hierdoor niet beperkt. Dit kan alleen worden bereikt door een statutaire regeling. En zo verder.

3. **Rechtspersonenrechtelijke grenzen aan de toelaatbaarheid van aandeelhoudersovereenkomsten?**

3.1 *Nietigheid of vernietigbaarheid wegens strijd met een wettelijke bepaling*

De vorige paragraaf was gewijd aan de vraag of art. 2:25 BW en het daarmee verband houdende stelsel van dwingend recht er mede toe strekt om contractuele arrangementen te bestrijden waarmee een resultaat wordt bereikt dat niet bij statuten zou kunnen worden gerealiseerd. Die vraag heb ik ontkennend beantwoord. Dit wil niet zeggen dat het rechtspersonenrecht geen bepalingen kent waaruit voortvloeit dat daarmee strijdige overeenkomsten of daarop gebaseerde uitvoeringshandelingen zonder rechtsgevolg blijven of vernietigbaar zijn.

Vooraf bepalingen die zijn gericht op het beschermen van derden, of in verband daarmee het belang van de vennootschap, kunnen dat effect hebben. Zo wordt in de art. 2:98/207, art. 2:98a/207a en art. 2:98b/207d BW expliciet de verkrijging van aandelen in het eigen kapitaal onder bepaalde omstandigheden nietig verklaard. In andere bepalingen wordt op schending van bepaalde voorschriften vernietigbaarheid gesteld, zo bijvoorbeeld in art. 2:94c/204c en art. 2:137/247 BW. Aan toepasselijkheid van art. 3:40 BW komt men dan niet toe.

⁴² Dit gaat veranderen voor de BV. Op grond van art. 2:216 lid 6 Ontwerp zal steeds met instemming van alle aandeelhouders van de wettelijke of statutaire winstverdelingsregeling kunnen worden afgeweken. Hiertoe dient telkens te worden besloten. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 7, p. 16-17 (nota van wijziging). Een regeling bij aandeelhoudersovereenkomst volstaat hiertoe derhalve niet. Zie Hof Arnhem 26 september 2006, *JOR* 2007/2 m.nt. Blanco Fernández.

⁴³ Zie echter Hof Amsterdam 28 juni 1994, *TVVS* 1995, p. 74 waarover ook § 5.

Niet in alle bepalingen wordt echter een sanctie beschreven zodat toepasselijkheid van art. 3:40 BW aan de orde kan zijn. Dit is in het bijzonder het geval met betrekking tot bepalingen van kapitaalbescherming. Zo wordt aangenomen dat als niet is voldaan aan bijvoorbeeld de voorschriften omtrent de inbreng op aandelen in natura, de aandelen niet rechtsgeldig zijn volgestort.⁴⁴ De overeenkomst omtrent de wijze van volstorting is dan op zichzelf geldig, maar de uitvoeringshandeling heeft niet het beoogde rechtsgevolg. Soms ook kan uit een bepaling worden afgeleid dat de overeenkomst als zodanig niet geldig is, bijvoorbeeld de overeenkomst dat ter storting op aandelen een recht op het verrichten van werk of diensten wordt ingebracht (art. 2:80b/191b BW) of dat minder dan 25% van het nominale bedrag van de genomen aandelen bij het nemen daarvan behoeft te worden voldaan (art. 2:80/191 lid 1 BW).

Daarnaast kent het rechtspersonenrecht bepalingen waarvan naar hun aard niet kan worden afgeweken. Een voorbeeld hiervan is art. 2:8 BW waarin de rechtspersonenrechtelijke redelijkheid en billijkheid is vastgelegd.⁴⁵ Dit brengt ook mee dat een aandeelhouder niet bijvoorbeeld afstand kan doen van een beroep op vernietiging op grond van art. 2:15 BW.⁴⁶ Ook andere gedrags- en taaknormerende voorschriften, zoals art. 2:9 en art. 2:140/250 lid 2 BW⁴⁷, kunnen mijns inziens naar hun aard niet worden weggecontracteerd. In het verlengde hiervan zijn bijvoorbeeld afspraken die aansprakelijkheid uitsluiten van bestuurders voor onbehoorlijke taakvervulling bij opzet of bewuste roekeloosheid, niet alleen in strijd met de goede zeden maar mijns inziens ook ongeldig wegens strijd met een dwingendrechtelijke wetsbepaling.⁴⁸ In het algemeen is het mijns inziens ontoelaatbaar dat wettelijke of statutaire bepalingen gericht op het beschermen van het belang van de vennootschap - zoals een wettelijk of statutair goedkeuringsrecht - worden weggecontracteerd.⁴⁹

Een mijns inziens wat wonderlijk arrest in dit verband is HR 9 oktober 2009, *LJN* BI7129, *JOR* 2009/285, *NJ* 2009, 595 (Bovast). Hier was een tegenstrijdig belangtransactie aan de orde die was verricht in strijd met de statutaire regeling en zonder aanwijzingsbesluit van de algemene vergadering. De Hoge Raad oordeelde dat de vennootschap rechtsgeldig was vertegenwoordigd omdat de enig (indirect) aandeelhouder had ingestemd met een *managementovereenkomst* waarin was overeengekomen dat de desbetreffende bestuurder in alle gevallen van tegenstrijdig belang bevoegd was de vennootschap te vertegenwoordigen, ook zonder goedkeuring van de algemene vergadering. Een beperking in tijd of tot nader omschreven rechtshandelingen was hierbij niet aan de orde.

44 Zie bijv. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 132; Van Schilfgaarde/Winter, a.w. (noot 30), nr. 23 en 24.

45 Zie in gelijke zin Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 315 met betrekking tot de werking van de redelijkheid en billijkheid in contractuele verhoudingen.

46 In deze zin ook M. Meinema, a.w. (noot 9), p. 56; en Chr.M. Stokkermans, 'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk', Preadvies KNB 2008, p. 109.

47 Vgl. M. Meinema, a.w. (noot 9), p. 27. De - ongeschreven - norm dat het bestuur en bestuurders zich bij de uitoefening van bestuurstaken moeten richten op het belang van de rechtspersoon, gaat in dit verband mijns inziens op in het voorschrift van art. 2:9 BW.

48 In deze zin o.m. ook J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, diss. RUG 1998, IVO-reeks nr. 29, Deventer: Kluwer, p. 7-79. Iets anders is dat de vennootschap wel een verzekering of vrijwaring kan geven voor de kosten verbonden aan een juridische procedure terzake van het vaststellen van diens aansprakelijkheid. Over vrijwaring van verplichtingen tot schadevergoeding jegens derden zie o.m. R.A. Orsel, 'Besluitvorming en vertegenwoordiging inzake vrijwaring van bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2007, p. 398 e.v.

49 In deze zin ook De Kluiver/Meinema, a.w. (noot 13), p. 651.

De Hoge Raad aanvaardde hierdoor dat in casu een wettelijke en statutaire bepaling gericht op het beschermen van het belang van de vennootschap door een contractuele regeling met de bestuurder terzijde wordt gesteld. Mede gezien eerdere jurisprudentie waarin de Hoge Raad benadrukte dat de tegenstrijdig belang-regeling strekt tot bescherming van het belang van de vennootschap en daarmee onder meer de belangen van crediteuren, kan ik deze uitspraak niet goed plaatsen.⁵⁰ Juist als het een wettelijke of statutaire bepaling betreft die (mede) strekt tot bescherming van anderen ligt niet voor hand aan te nemen dat contractsvrijheid bestaat.⁵¹

In de casus die aan dit arrest ten grondslag lag speelde overigens dat de enig (indirect) aandeelhouder schriftelijk toestemming had verleend voor het verrichten van een aantal nauwkeurig - in de 'raamovereenkomst' - omschreven tegenstrijdig belangtransacties, die waren gericht op het redden van de onderneming. In HR 9 oktober 2009, *LJN* BI7141, *JOR* 2009/286, *NJ* 2009, 596 (BoVe), oordeelde de Hoge Raad - op exact hetzelfde feitencomplex als in het Bovast-arrest - dat de vennootschap was gebonden maar nu omdat de enig (indirect) aandeelhouder had ingestemd met het verrichten van deze in de *raamovereenkomst* omschreven rechtshandelingen. Voor deze benadering - die ook in oude jurisprudentie van de Hoge Raad besloten ligt - had ik al eerder gepleit.⁵² Zij verschilt echter fundamenteel van de benadering van de Hoge Raad in het Bovast arrest.⁵³

3.2 *Nietigheid wegens strijd met de goede zeden en openbare orde?*

Overeenkomsten kunnen nietig zijn wegens strijd met de goede zeden of openbare orde, aldus art. 3:40 BW. Voor aandeelhoudersovereenkomsten is dit niet anders. Dit blijkt ook uit het Wennex-arrest waarin de Hoge Raad nadrukkelijk overweegt dat het een aandeelhouder - behoudens misbruik van recht - vrijstaat zich ten aanzien van de uitoefening van zijn stemrecht in de algemene vergadering te verbinden, 'mits dit niet geschiedde op een wijze of onder omstandigheden, waardoor de overeenkomst tot maatschappelijk onbetamelijke gevolgen zou leiden.'⁵⁴

Om nietigheid of vernietigbaarheid van een overeenkomst op grond van de goede zeden aan te kunnen nemen, is vereist dat de overeenkomst gezien haar inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden. Het gegeven dat een overeenkomst *kan* leiden tot maatschappelijk onaanvaardbare gevolgen, is hiertoe niet voldoende.⁵⁵ In dit laatste geval kan er wel grond zijn om het recht op nakoming van de overeenkomst af te wijzen op grond van art. 6:2 of art. 6:248 lid 2 BW. In het rechtspersonenrecht kennen wij een hiermee corresponderende regeling in art. 2:8 lid 2 BW. De vraag of onder de gegeven omstandigheden de redelijkheid en billijkheid zich verzetten tegen het verlangen van nakoming van een (op zichzelf geldige) overeenkomst komt in § 4.3 aan de orde.

In de literatuur bestaat, als ik het goed zie, over de nietigheid van bepaalde typen stemovereenkomsten een zekere mate van consensus. Ik noem bijvoorbeeld overeenkomsten die er toe strekken dat medewerking wordt verleend aan het tot stand

⁵⁰ HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 m.nt. Ma (Duplicado/Goedkoop q.q.).

⁵¹ Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 316.

⁵² W.J.M. van Veen, *Zwevend Recht*, oratie VU 2008, p. 16-22.

⁵³ Zie nader W.J.M. van Veen, 'Twee nieuwe arresten inzake vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang', *WPNR* 6850 (2010), p. 559 e.v.

⁵⁴ HR 30 juni 1944, *NJ* 1944, 465.

⁵⁵ Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 333.

komen van een besluit dat in strijd is met de wet, de statuten, de openbare orde of de goede zeden.⁵⁶ Ook een overeenkomst die is gericht op het bewerkstelligen van wetsontduiking kan nietig zijn wegens strijd met de goede zeden.⁵⁷ Nietig wegens strijd met de goede zeden is mijns inziens ook een aandeelhoudersovereenkomst die erop is gericht het belang van de vennootschap en/of medeaandeelhouders te schaden.⁵⁸ De redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW en de daarin besloten zorgvuldigheidsnormen die aandeelhouders jegens de vennootschap en elkaar in acht dienen te nemen, verzetten zich tegen de rechtsgeldigheid van dergelijke overeenkomsten.

Een ander aspect van stemafspraken is dat zij de machtsverhoudingen versluieren of verstoren. Het gaat hierbij niet zozeer om de al dan niet afdwingbaarheid van de afspraken als wel om het feit dat zij zijn gemaakt en worden nageleefd. Bij beursgenoteerde vennootschappen heeft deze problematiek een andere dimensie dan in joint ventures en andere samenwerkingsvormen. Een relevant verschil is dat bij joint ventures en andere besloten verhoudingen de aandeelhouders veel beter in staat zijn om elkaar op ieders gedrag aan te spreken en zo nodig maatregelen te treffen. Daarnaast zijn partijen de samenwerking intuïtu personae aangegaan en de verdeling van de zeggenschap is als regel een van de fundamenten waarop de samenwerking berust. Een stemafpraak waarbij niet alle aandeelhouders betrokken zijn, heeft daardoor als regel voorzienbaar tot gevolg dat de overeengekomen verdeling van de zeggenschap wordt verstoord. Een dergelijke stemafpraak – tenzij deze de instemming heeft van de andere aandeelhouders – kan daarom in strijd met de zorgvuldigheid die de aandeelhouders jegens elkaar in acht hebben te nemen.

De in de wet en statuten vastgelegde verdeling van taken en bevoegdheden stelt mijns inziens ook beperkingen aan de contractsvrijheid van de betrokkenen. Door de verdeling van bevoegdheden wordt een systeem van *checks and balances* gecreëerd dat onder meer dient ter borging van het belang van de vennootschap. Het verstoren van dit systeem is daarom in strijd met het belang van de vennootschap en daarmee met de jegens de vennootschap in acht te nemen zorgvuldigheid. Dit brengt mijns inziens mee dat contractuele arrangementen die hierop zijn gericht, ongeldig zijn. Hiervoor is ook steun te vinden in de parlementaire geschiedenis.⁵⁹

Een dogmatisch interessant punt is of hier sprake is van strijd met de goede zeden of strijd met de openbare orde. Het onderscheid tussen de beide nietigheidsgronden is niet scherp te trekken. Als onder openbare orde mede kan worden begrepen de ‘vennootschappelijke orde’ in de zin van het geheel van normen en beginselen die voor het functioneren van de vennootschap essentieel zijn, komt ook de openbare orde als nietigheidsgrond in aanmerking.⁶⁰ Om de interne gang van zaken in een vennootschap zonder meer als van openbare orde te bestempelen, gaat mij overigens wel wat ver.

56 Aldus o.m. W.C.L. van der Grinten, a.w. (noot 28), p. 58-59; Van Schilfgaarde/Winter, a.w. (noot 30), nr. 67; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 386.

57 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 328, waar tevens meer te vinden is over het begrip wetsontduiking.

58 Idem J.J.M. Maeijer, a.w. (noot 20), p. 100. Chr.M. Stokkermans, Preadvies KNB 2008, p. 109-110, spreekt van nietigheid indien afstand wordt gedaan van aanspraken uit art. 2:8, 2:14, 2:15 BW en het recht van enquête. Zie over afstand van recht uitvoerig M. Meinema, a.w. (noot 9), p. 47 e.v.

59 Zie nader M. Meinema, a.w. (noot 9), p. 53-54.

60 Asser/Hartkamp & Sieburg 6 III*, nr. 345 neemt dit aan met verwijzing naar Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 383.

Een voorbeeld hiervan is een afspraak tussen aandeelhouders en bestuurders en/of commissarissen, waarin is vastgelegd dat de aandeelhouders overeenkomstig de instructies van de bestuurders of commissarissen zullen stemmen. Als de geldigheid van dergelijke overeenkomsten zou worden erkend, impliceert dit in wezen dat de bestuurders/commissarissen in rechte kunnen afdwingen dat de aandeelhouders hun wettelijke en statutaire controlerende bevoegdheden jegens hen niet zullen benutten.⁶¹ Dergelijke afspraken waarbij aandeelhouders zich - al dan niet tegen 'betaling' - verbinden te zullen stemmen conform de instructie van (andere organen van) de vennootschap, zijn dan ook naar mijn mening nietig wegens strijd met de goede zeden.⁶² Dit geldt om dezelfde reden bijvoorbeeld ook voor afspraken waarbij een aandeelhouder zich er ten aanzien van een wettelijk of statutair voorgeschreven goedkeuring toe verbindt te zullen stemmen conform een door anderen gegeven instructie.

Van geheel andere orde is mijns inziens een contractuele regeling die er toe strekt dat een besluit tot schorsing of ontslag slechts kan worden genomen indien aan zwaardere eisen is voldaan dan art. 2:134/244 lid 2 BW toelaat. In dit artikel is bepaald dat besluiten tot schorsing en ontslag slechts kunnen worden verzwaard met een versterkte meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen die de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Dit roept de vraag op of een overeenkomst op basis waarvan een grotere meerderheid of zelfs de instemming van de aandeelhouder voor het ontslag of de schorsing is vereist, geldig is.⁶³

Laat ik voorop stellen dat met een dergelijke regeling de organisatiestructuur niet wordt doorkruist. De ontslag- en schorsingsbevoegdheid blijft bij de algemene vergadering en besluitvorming vindt plaats door de aandeelhouders. Dat de afspraak in strijd is met de vennootschappelijke orde zou ik daarom niet willen zeggen. Daarbij komt dat deze afspraken als regel zijn gericht op bescherming van de belangen van een minderheidsaandeelhouder die met een substantieel bedrag in het kapitaal deelneemt. Met het oog op het verwerven of behouden van die participatie hebben de overige aandeelhouders ingestemd met de contractuele benoemings- en ontslagregeling.

Daarom moet men het mijns inziens zo zien dat partijen in wezen nadere afspraken hebben gemaakt over de uitoefening van hun bevoegdheden omtrent de benoeming en het ontslag van bestuurders. Zoals besproken in § 2.2, zijn dergelijke overeenkomsten in beginsel geldig. Vennootschapsrechtelijk kan het ontslagbesluit worden genomen zonder de instemming van de betrokken aandeelhouder. Dit staat er niet aan in de weg dat de gemaakte afspraken op zichzelf geldig zijn en het handelen in strijd met de overeenkomst kwalificeert als wanprestatie. Het zelfde geldt m.m. ten aanzien van de meerderheidseisen genoemd in art. 2:142/252 lid 2 BW.⁶⁴

61 In dezelfde sfeer ligt de afspraak dat geen gebruik zal worden gemaakt van het recht op informatie ex art. 2:217 BW. Vgl. Chr.M. Stokkermans, Preadvies KNB 2008, p. 110. Een andere benadering is die van J.M. Blanco Fernández, 'Rechtmatigheidsgrenzen van stemovereenkomsten', *WPNR* 6626 (2005), p. 517-518, die erop wijst dat de dualistische structuur als zodanig geen fundamenteel uitgangspunt is ons vennootschapsrecht. Men zie echter goed dat dit niet de essentie is van mijn bezwaren tegen de onderhavige afspraken.

62 Zie voor een voorbeeld Hof Arnhem 8 maart 1927, *NJ* 1927, p. 1250 e.v.; Hof Den Bosch 13 april 2004, *JOR* 2004/225. In gelijke zin o.m. H.J. de Kluiver/M. Meinema, a.w. (noot 13), p. 651.

63 Zie A.L. Mohr, Spijkers: *Ondernemingsrecht op de breuklijn van praktijk en wetenschap*, oratie UvA 1993, p. 19-20, voor een overzicht van vóór- en tegenstanders.

64 Zie P.J. Dortmund, *Stemovereenkomsten rondom de eeuwwisseling*, oratie UL 2001, p. 8-10, voor een weergave van de discussie.

Een ander punt is of de desbetreffende aandeelhouder onder alle omstandigheden nakoming van de overeenkomst zal kunnen verlangen. Dit zal hij met name niet kunnen indien dit in strijd is met het belang van de vennootschap, bijvoorbeeld omdat de desbetreffende bestuurder incompetent is gebleken of zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld. Het verlangen van nakoming is dan in strijd met het belang van de vennootschap en is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (art. 6:248 lid 2 BW). Zie ook hierna § 4.3.

Waar in het algemeen de grenzen van toelaatbaarheid van stemovereenkomsten en overeenkomsten over de uitoefening van andere organisatierechtelijke rechten en bevoegdheden moeten worden getrokken, is al lange tijd onderwerp van discussie. In zijn oratie in 1993 toonde Mohr aan dat alle aandacht die hieraan is besteed niet tot veel duidelijkheid heeft geleid. Dat beeld is niet veranderd. Wel is mijn indruk dat er een zekere consensus is dat ongeldigheid van stemovereenkomsten niet te snel moet worden aangenomen.

Wellicht is het in dit verband goed om een stap terug te doen in de tijd. Vóórdat het Wennex-arrest was gewezen, was er een stroming in de literatuur die de geldigheid van stemovereenkomsten afwees. Een voorvechter hiervan was Petit. Hij betoogde kort gezegd dat het stemrecht een lid of aandeelhouder was toegekend in het belang van de gemeenschap en dat daarom bij de uitoefening daarvan het belang van de gezamenlijke leden tot uitdrukking moest komen. Een stemovereenkomst, waarbij een aandeelhouder zich vooraf verbindt om op een bepaalde wijze te stemmen, achtte hij om die reden in strijd met de goede zeden.⁶⁵

De Hoge Raad volgde deze opvatting niet. Hij overwoog dat stemrecht een eigen recht is dat de aandeelhouder is toegekend om zijn belang in de vennootschap te dienen. Omdat het stemrecht niet behoeft te worden uitgeoefend, en als het wordt uitgeoefend, de aandeelhouder hierbij zijn eigen belang in de vennootschap mag dienen, mag hij zich in beginsel ook verbinden omtrent de uitoefening van zijn stemrecht. De aandeelhouder mag immers - binnen de grenzen van hetgeen betamelijk is - zelf bepalen hoe zijn genoemde belang het beste wordt gediend.

Over deze grenzen gaat de discussie. In dit verband plaats ik enkele kanttekeningen bij dit arrest. Deze houden verband met de zinsnede dat het stemrecht de aandeelhouder is toegekend om 'zijn belang in de vennootschap' te dienen. De eerste kanttekening is dat niet duidelijk is of de Hoge Raad hiermee heeft gezegd dat de aandeelhouder zonder meer zijn eigen belang op de voorgrond mag stellen. Zo de Hoge Raad dit inderdaad heeft willen zeggen, kan wel worden gesteld dat het arrest op dit punt inmiddels is achterhaald. Uit verschillende uitspraken blijkt dat aandeelhouders op grond van art. 2:8 BW wel degelijk zorgvuldigheidsverplichtingen jegens de vennootschap en medeaandeelhouders in acht dienen te nemen. Dit geldt in het bijzonder indien sprake is van joint ventures of daarmee vergelijkbare samenwerkingsvormen.⁶⁶

⁶⁵ Zie Ch.J.J.M. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden*, diss. UL, Leiden: Eduard IJdo 1920, p. 203- 204.

⁶⁶ Zie ook hierna § 4.2 en § 4.3.

Hieruit kan mijns inziens een ondergrens voor de toelaatbaarheid van stemovereenkomsten worden afgeleid, namelijk dat een aandeelhouder zich niet zodanig mag verbinden dat hij *de facto* of *de iure* niet in staat is om zijn uit art. 2:8 BW voortvloeiende verplichtingen waar te maken. Ook in het geval dat een aandeelhoudersovereenkomst bestaat, dienen aandeelhouders er voor te waken dat de stem (of andere bevoegdheid) overeenkomstig de eisen van art. 2:8 BW wordt uitgeoefend. Een overeenkomst die naar inhoud of strekking het naleven van deze verplichting illusoir maakt, is daarom ongeldig. Dit impliceert onder meer dat een aandeelhouder zich niet zodanig kan verbinden dat hij bij de uitoefening van zijn rechten geen zelfstandige belangenafweging kan maken. Een dergelijke overeenkomst gaat verder dan het belang van een aandeelhouder in de vennootschap toelaat.

Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan overeenkomsten waarbij een aandeelhouder zich verbindt om in het algemeen zijn vergaderrecht niet uit te oefenen of geen kennis te zullen nemen van relevante informatie. In dit kader wordt veelal als voorbeeld genoemd de overeenkomst waarbij de aandeelhouder zich zonder beperking in tijd en onderwerpen verplicht om te zullen stemmen overeenkomstig de instructies van een ander.⁶⁷ Toch ontnemen deze overeenkomsten de aandeelhouder niet zonder meer de mogelijkheid om een zelfstandige belangenafweging te maken. Als voorbeelden noem ik de overeenkomst om te stemmen overeenkomstig de uitslag van een voorvergadering (en bij staken van stemmen daarin eventueel overeenkomstig de instructies van een onafhankelijke derde). Het gegeven dat een stemovereenkomst zonder beperking in tijd en onderwerpen wordt aangegaan, noopt mijns inziens dan ook niet zonder meer tot de conclusie dat de overeenkomst ongeldig is.⁶⁸

Mijn tweede kanttekening betreft dat de Hoge Raad niet spreekt van het eigen belang van de aandeelhouder als zodanig maar van het belang van de aandeelhouder ‘in de vennootschap’. Of de Hoge Raad hierbij bepaalde gedachten heeft gehad, is uiteraard de vraag. Maar geheel uitgesloten is dit mijns inziens niet. Indien het arrest zodanig mag worden gelezen dat het moet gaan om het belang ‘in de vennootschap’, dan gaat hiervan een zekere normering uit. De aandeelhouder moet met de overeenkomst zijn belangen als aandeelhouder nastreven.

In dit verband kan erop worden gewezen dat van de overwegingen van de Hoge Raad in de bovengenoemde arresten inzake de geldigheid stemovereenkomsten deel uitmaakte dat de overeenkomst ertoe strekte om de afspraken over geschillenbeslechting,⁶⁹ dan wel het gewenste karakter van de vennootschap,⁷⁰ respectievelijk (de effectuering van) een aandelentransactie tussen de aandeelhouder en een derde te borgen.⁷¹ De onderhavige stemovereenkomsten dienden aldus een belang van de aandeelhouder bij de uitkomst van de besluitvorming dan wel bij de wijze van besluitvorming als zodanig. In het Aurora-arrest maakte van de overwegingen van de Hoge Raad bovendien nadrukkelijk deel uit dat er sprake was van

67 Zie hierover o.m. P.J. Dortmond, a.w. (noot 64), p. 16-17; Van Schilfgaarde/Winter, a.w. (noot 30), nr. 67.

68 Zie HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472.

69 HR 30 juni 1944, *NJ* 1944, 465 (Wennex).

70 HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472 (Destilleerderij Melchers).

71 HR 19 februari 1960, *NJ* 1960, 473 m.nt. HB (Aurora).

een zekere mate van proportionaliteit tussen het belang dat werd nagestreefd en de afspraken die waren gemaakt.⁷²

Denkt men op deze lijn verder dan kan hieruit een kader voor de toetsing van stemovereenkomsten worden gedestilleerd. Als de geldigheid van overeenkomsten omtrent de uitoefening van het stemrecht of andere bevoegdheden is gefundeerd in het daarmee te dienen belang in de vennootschap, biedt dit steun voor het standpunt dat overeenkomsten die er niet op zijn gericht om dat belang te dienen of daarmee onvoldoende in verband staan, niet toelaatbaar zijn.⁷³

Een klassiek voorbeeld van een dergelijke overeenkomst is de zogenoemde ‘stemmenkoop’. Hiermee doel ik op de overeenkomst waarbij een aandeelhouder zich louter vanwege de daar tegenoverstaande tegenprestatie verplicht te zullen stemmen overeenkomstig de instructie van de (hoogste) bieder of zal toestaan dat zijn stemrecht dienovereenkomstig wordt uitgeoefend. Een kenmerk van stemmenkoop is dat de aandeelhouder daarmee niet zijn belang in de vennootschap nastreeft. Hij maakt slechts zijn stemrecht tot een bron van inkomsten, om met Van der Grinten te spreken, die in dit verband spreekt van een niet aanvaardbare verkrachting van het stemrecht.⁷⁴

Argumenten voor de ontoelaatbaarheid van stemmenkoop zijn wel geput uit het Wijsmuller-arrest en de blokkeringsregeling c.q. de onafscheidelijkheid van stemrecht en aandeel. Uit het Wijsmuller-arrest is wel afgeleid dat het impliceert dat besluiten van een meerhoofdig orgaan de vrucht dienen te zijn van onderling overleg en dat daarom stemovereenkomsten niet geldig zijn. Indien deze gedachtegang wordt gevolgd, zou echter de geldigheid van stemovereenkomsten in het algemeen in twijfel moeten worden getrokken. Bovendien volgt uit het Wijsmuller-arrest niet dat besluiten alleen geldig zijn indien zij de vrucht zijn van onderling overleg. De strekking van het arrest is veeleer dat de vergadergerechtigden in de gelegenheid moeten worden gesteld om aan de beraadslagingen en besluitvorming deel te nemen.⁷⁵

De relatie met de blokkeringsregeling en het niet mogen overdragen van het stemrecht los van het aandeel, appelleert aan een zekere mate van persoonlijkheid die aan het aandeelhouderschap eigen is. Hoewel dit mijns inziens wel aan de kern van het probleem raakt, is de relatie met de blokkeringsregeling en de verbondenheid van stemrecht en aandeel mijns inziens niet geheel zuiver. Zo behoeft de NV geen blokkeringsregeling te kennen en brengt een stemovereenkomst geen scheiding van aandeel en stemrecht teweeg. Organisatierechtelijk laat de overeenkomst het stemrecht immers onaangetaast.⁷⁶

72 Zo overwoog de Hoge Raad dat de optiegevers/aandeelhouders zich niet in het algemeen jegens Aurora hadden verbonden hun stemrecht uit te oefenen tot vervanging van de commissarissen van Olva, maar uitsluitend tot vervanging voor het geval dat de in functie zijnde commissarissen zich zouden verzetten tegen het onderzoek dat aan de overdracht van de aandelen vooraf moest gaan.

73 In deze zin ook Löwenstein in Pitlo/Löwenstein, *Rechtspersonenrecht*, 2^e druk (1986), p. 266-267 en als ik het goed zie M. Meinema, a.w. (noot 9), p. 195-197.

74 AA IX, 1959-1960, p. 59 r.k. In dezelfde zin A.M. Brenninkmeijer, *Stemovereenkomsten van aandeelhouders*, diss. KUN 1973, Van der Heijden-serie nr. 8, Deventer: Kluwer, p. 164; Asser-Maeijer 2-III, nr. 288; P. van Schilfgaarde/Jaap Winter, a.w. (noot 30), nr. 67; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nr. 384.

75 Zie nader P.J. Dortmond, a.w. (noot 64), p. 12-14 en daar besproken literatuur.

76 In deze zin ook J.M. Blanco Fernández, a.w. (noot 61), p. 515-516.

Anderen zien tegen een stemmenkoop geen principiële bezwaren; het kan de besluitvorming efficiënter laten verlopen en de overeenkomst is op grond van art. 6:248 lid 2 BW niet afdwingbaar in het geval dat zij een aandeelhouder zou nopen zijn stem uit te brengen in strijd met art. 2:8 BW.⁷⁷ Deze laatste observatie lijkt mij op zichzelf juist,⁷⁸ maar veronderstelt de geldigheid van de overeenkomst.

In de kern blijft de vraag of het belang in de vennootschap de vrijheid over het stemrecht te contracteren inkadert. Naar mijn mening zijn daar wel argumenten voor. De zeggenschap van een aandeelhouder wordt gelegitimeerd door diens kapitaaldeelname en het daarmee gevestigde belang in de vennootschap. De zeggenschapsrechten zijn - inderdaad, daar klinkt de Hoge Raad door - toegekend om dat belang in de vennootschap te dienen. De legitimiteit van de uitoefening van de zeggenschapsrechten is daardoor mede gerelateerd aan het belang in de vennootschap. Wordt dit anders indien de aandeelhouder een stemovereenkomst heeft gesloten?

Acht men stemmenkoop geldig dan wordt daarmee in wezen aanvaard dat - juridisch afdwingbaar - zeggenschap in de algemene vergadering kan worden uitgeoefend zonder een daarmee corresponderende kapitaaldeelname. Dit ondergraaft uiteindelijk de legitimiteit van de (genomen beslissingen in de) algemene vergadering als zodanig en daarmee het behoorlijk functioneren van de organisatie van de rechtspersoon, zou ik menen.⁷⁹

Daarom zou ik willen bepleiten dat stemmenkoop en andere overeenkomsten die er niet op zijn gericht om het belang in de vennootschap te dienen of daarmee onvoldoende in verband staan, niet geldig zijn. Indien aansluiting wordt gezocht bij het belang in de vennootschap, vloeit hieruit mijns inziens voort dat er een zekere mate van proportionaliteit moet bestaan tussen de inhoud van de afspraken en het belang dat daarmee wordt nagestreefd. Slechts indien de reikwijdte van de binding in geen verhouding staat tot het daarmee nagestreefte belang, lijkt mij ongeldigheid geïndiceerd. Indien de binding op bepaalde punten te ver gaat, kan worden volstaan met niet-afdwingbaarheid voor die punten. Deze beoordeling moet geschieden aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval waarbij onder meer de duur en opzegbaarheid van de overeenkomst een rol spelen, alsmede de onderwerpen waarop zij betrekking heeft en welke rechten zijn toegekend en aan wie.⁸⁰

Deze kwestie kan ook opkomen bij overeenkomsten die zijn aangegaan zonder beperking in tijd en onderwerpen.⁸¹ Zoals hierboven aan de orde is geweest, zijn deze overeenkomsten naar mijn mening niet zonder meer ongeldig. Het belang van de aandeelhouder hoeft niet alleen te zijn gelegen in de inhoud van het besluit maar kan bijvoorbeeld ook betrekking hebben op de wijze waarop

77 H.J. de Kluiver, 'Joint Ventures en stemovereenkomsten. Een rechtsvergelijkend perspectief', *AA* 44 (1995) 5, p. 105-106.

78 Dat stemmenkoop de besluitvorming 'efficiënter' kan doen verlopen, gaat mijns inziens teveel van het perspectief van de koper uit en neemt de bezwaren tegen stemmenkoop daarom niet weg.

79 Zie over stemmenkoop o.m. H.J. de Kluiver/M. Meinema, a.w. (noot 13), p. 651; A.L. Mohr, *Spijkers: ondernemingsrecht op de breuklijn van praktijk en wetenschap*, oratie UvA1993, p. 17; M. Koelemeijer, *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen*, diss. UM 1999, IVO-reeks nr. 33, Deventer: Kluwer, p. 140; M. Meinema, a.w. (noot 9), p. 194.

80 In deze lijn ook J.J.M. Maeijer, a.w. (noot 20), p. 101-102; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nr. 385.

81 Zie M. Meinema, a.w. (noot 9), p. 195-197 en daar aangehaalde literatuur.

besluiten steeds of in bepaalde gevallen (moeten) worden genomen.⁸² De afspraken hebben dan een procedureel karakter en daar is niets mis mee. Een stemovereenkomst waarbij de desbetreffende aandeelhouder geen zicht heeft op de situaties waarvoor hij zich heeft verbonden zal als regel ongeldig zijn omdat hiermee niet zijn belang in de vennootschap kan zijn gediend. Hiertoe is toch ten minste een zekere bepaalbaarheid vereist van de implicaties van waartoe de overeenkomst leidt (vgl. art. 6:227 BW). De ongeldigheid van een stemovereenkomst laat overigens onverlet dat een stem, die wordt uitgeoefend overeenkomstig de afspraken, in beginsel geldig is tenzij bijvoorbeeld sprake is van misbruik van bevoegdheid (art. 2:13 lid 1 jo. art. 3:13 BW).⁸³ Een besluit dat mede op basis van dergelijke afspraken tot stand is gekomen, kan echter wel vatbaar zijn voor vernietiging wegens strijd met art. 2:8 BW jo. art. 2:15 lid 1 sub b BW.

Voor de goede orde merk ik op dat niet hoeft te worden getreden in de vraag of met de overeenkomst het bedoelde belang inhoudelijk goed is gediend. Deze afweging moet in principe aan de desbetreffende aandeelhouder worden overgelaten.

Op grond van het voorgaande kunnen mijns inziens op hoofdlijnen als algemene beperkingen aan de vrijheid van aandeelhouders tot contracteren over het stemrecht of over andere bevoegdheden worden geformuleerd dat de overeenkomst i) niet mag strekken tot het schenden van een uit art. 2:8 BW voortvloeiende zorgvuldigheidsplicht; ii) er niet toe mag leiden dat de zorgvuldigheidsverplichtingen ex art. 2:8 BW niet kunnen worden waargemaakt; iii) er niet op mag zijn gericht dat rechten en bevoegdheden gericht op het beschermen van het belang van de vennootschap niet zullen worden uitgeoefend; en iv) moet strekken tot het dienen van het belang van de aandeelhouder in de vennootschap. Dit belang kan zowel gelegen zijn in de wijze waarop tot besluitvorming wordt gekomen als in de uitkomst van het besluitvormingsproces.

3.3 *Afspraken over de uitoefening van bevoegdheden door bestuurders en commissarissen*

Bestuurders en commissarissen hebben een andere positie in de vennootschap dan de aandeelhouders. De hen toegekende bevoegdheden zijn hen - anders dan bij aandeelhouders het geval is - niet toegekend om hun eigen belangen te dienen. Integendeel, bestuurders en commissarissen worden geacht hun eigen belangen zorgvuldig gescheiden te houden van de belangen van de vennootschap en zich uitsluitend te laten leiden door het belang van de vennootschap.

De vraag is of dit impliceert dat bestuurders en commissarissen in het geheel niet kunnen contracteren omtrent de uitoefening van hun taken en bevoegdheden. Een dergelijk standpunt zou mij te ver gaan. Bestuurders en commissarissen hebben immers bij de uitvoering van hun taken ook een zekere discretionaire bevoegdheid. Dit impliceert

⁸² Dit was bijvoorbeeld het geval in het Wennex-arrest en het Destilleerderij Melchers-arrest (noot 69 en 70).

⁸³ In deze zin o.m. ook A.L. Mohr, a.w. (noot 63), p. 16; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, nr. 387. Anders: J.M. Blanco Fernández, 'Vennootschappelijke doorwerking van stemovereenkomsten', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 148 die nietigheid van de stem bepleit. Ik zie daar echter mede gezien art. 2:13 lid 1 BW onvoldoende aanknopingspunten voor.

mijns inziens dat ook zij binnen zekere marges - die beduidend minder ruim zijn dan die voor aandeelhouders - afspraken kunnen maken over de wijze waarop zij bepaalde bevoegdheden zullen uitoefenen. Gezien hun wettelijke taak en de vertrouwenspositie die zij vervullen, staat hen mijns inziens deze mogelijkheid slechts ter beschikking voor zover dit in het belang is van de vennootschap.⁸⁴ Hierbij kan worden gedacht aan situaties waarin dit voor het slagen van een voor de vennootschap belangrijke transactie nodig is. Omdat de taak van het bestuur en de raad van commissarissen een collectieve aangelegenheid is, dient de overeenkomst mijns inziens bovendien door alle bestuurders respectievelijk commissarissen te zijn aangegaan.⁸⁵

Mijns inziens kan het bestuur van de vennootschap leden van andere organen zoals de raad van commissarissen, niet binden door het aangaan van een overeenkomst waarin afspraken zijn gemaakt omtrent de uitoefening van hun bevoegdheden. Hierdoor zou het in het *Forumbank*-arrest bepaalde autonomiebeginsel op ontoelaatbare wijze worden doorkruist.⁸⁶ Mijns inziens is echter niet uitgesloten dat, bijvoorbeeld door te besluiten tot goedkeuring voor het aangaan van zo'n overeenkomst, de genoemde binding tot stand kan komen, mits de goedkeuring met instemming van alle leden van de raad van commissarissen tot stand is gekomen. Zie art. 3:37 lid 1 BW.

Van afspraken omtrent het uitoefenen van bevoegdheden door het bestuur respectievelijk de raad van commissarissen moet worden onderscheiden het sluiten van een stemovereenkomst. De collectieve taakopvatting alsmede het feit dat het bestuurderschap een hoogstpersoonlijke en niet voor overdracht vatbare positie is, laten mijns inziens niet toe dat individuele bestuurders en commissarissen zich rechtens afdwingbaar kunnen verbinden om op een bepaalde wijze te zullen stemmen in het bestuur dan wel raad van commissarissen.⁸⁷

In de jurisprudentie van de Hoge Raad kan voor deze benadering steun worden gevonden in de *HVA-Westertoren*-beschikking. In deze enquêteprocedure was aan de orde dat de commissarissen van *HVA*, een structuurvennootschap, met een beoogde strategische partner afspraken had gemaakt over onder meer de wijze waarop de *RvC* zou worden en blijven samengesteld. De Hoge Raad achtte deze afspraken niet in strijd met de regeling omtrent het structuurregime. Hieruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad de geldigheid van de overeenkomst niet in twijfel wilde trekken. Zie over deze uitspraak ook § 2.2.

Bij het aangaan van dergelijke overeenkomsten dient mijns inziens wel de nodige terughoudendheid te worden betracht, omdat het bestuur respectievelijk de raad van commissarissen zijn taak met de nodige objectiviteit zal moeten kunnen vervullen. Indien hij meent dat het uitvoering geven aan een overeenkomst niet in het belang van de vennootschap is, verzet de wettelijke taakomschrijving zich er tegen dat uitvoering wordt gegeven aan de overeenkomst.⁸⁸

84 In vergelijkbare zin P.C. van den Hoek, 'Variaties op de structuurregeling bij contract', in: *Ondernemingsrechtelijke contracten*, IVO-reeks nr. 14, Deventer: Kluwer, 1991, p. 87.

85 In deze zin ook H.J. de Kluiver/M. Meinema, a.w. (noot 13), p. 653, 654.

86 In gelijke zin S.M. Bartman *WPNR* 6809 (2009), p. 688 e.v. en *WPNR* 6817 (2009), p. 849.

87 Zie hierover nader P.J. Dortmond, a.w. (noot 64), p. 25; Asser-Maeijer 2-III, nr. 306; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 423.

88 In deze zin ook H.J. de Kluiver, 'De ondernemingsrechtelijke contractspraktijk: onderhandelen in de schaduw van de wet', *Tijdschrift Contracteren* 2001, p. 7-8.

Hoewel in dat geval een vordering tot nakoming als regel zal kunnen worden gepareerd, zie hierover § 4.3, doet dit er niet aan af dat het bestuur of de raad van commissarissen dan - bijvoorbeeld doordat een juridische procedure in het vooruitzicht wordt gesteld - door het bestaan van de overeenkomst in zijn functioneren worden beperkt. In dit verband kan het nuttig zijn om in de overeenkomst op te nemen dat het bestuur/de raad van commissarissen en individuele bestuurders/commissarissen in situaties waarin een conflict met de wettelijke taakomschrijving kan ontstaan, niet kan worden gehouden aan hetgeen is overeengekomen.

4. Doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten in vennootschapsrechtelijke verhoudingen

In de voorafgaande paragrafen lag de nadruk op de vraag of, en in hoeverre, overeenkomsten over de inrichting van de vennootschap en de uitoefening van zeggenschapsrechten geldig zijn. Hieruit is gebleken dat dergelijke overeenkomsten als regel geldig zijn, maar dat het niet nakomen van de afspraken vennootschapsrechtelijk geen afbreuk doet aan de geldigheid van de uitgeoefende organisatierechtelijke rechten of bevoegdheden.

Hiermee is niet gezegd dat aandeelhoudersovereenkomsten in vennootschapsrechtelijke verhoudingen zonder effect zijn. Reeds het feit dat de afspraken geldig zijn, brengt immers in beginsel mee dat hiervan nakoming kan worden verlangd. Dit kan mede betrekking hebben op het aanwenden van de bevoegdheden die de aandeelhouder ten dienste staan om tot besluitvorming te komen, zoals bijvoorbeeld het agenderingsrecht. In voorkomende gevallen kan hierbij reële executie worden toegepast (art. 3:299, art. 3:300 BW). Een complicatie hierbij kan zijn dat in de aandeelhoudersovereenkomst een bepaalde aangelegenheid anders wordt geregeld dan in de statuten het geval is. Welke regeling moet dan tussen partijen gelden? Gaat dan de statutaire regeling voor of de contractuele?

Een ander punt is dat het vorderen van nakoming effectief is in het geval dat de vordering wordt ingesteld jegens de wederpartij, i.c. een mede-aandeelhouder. Voor het effectueren van een tussen partijen gemaakte afspraak kan echter ook de medewerking van het bestuur of een ander orgaan van de vennootschap vereist zijn. Dit roept de vraag op of, en in hoeverre, ook zij zich iets aan de overeenkomst gelegen moeten laten liggen. Maakt het in dit verband verschil of de vennootschap c.q. de bestuurders partij zijn bij die overeenkomst of niet?

Deze vragen hebben betrekking op de doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten in vennootschapsrechtelijke rechtsverhoudingen. De andere kant van deze medaille is of de vennootschapsrechtelijke rechtsverhoudingen doorwerken in de contractuele? Hierbij gaat het vooral om de vraag of de hoedanigheid van aandeelhouder meebrengt dat hij in een concrete situatie geen nakoming kan verlangen. Dat dit niet louter theoretische vraagstukken zijn, blijkt uit het feit dat zij in de jurisprudentie met enige regelmaat aan de orde zijn. In deze paragraaf ga ik daarom nader op deze vragen in.

4.1 *Discrepantie tussen de statutaire en de contractuele regeling: Welke regeling prevaleert?*

Een complicatie bij het verlangen van nakoming van een contractuele regeling kan zijn dat de statutaire regeling op een bepaald punt een andere regeling bevat dan de contractuele. Een voorbeeld hiervan is dat in de statuten is opgenomen dat de houders van bepaalde aandelen bij intrekking van de aandelen recht hebben op uitbetaling van de aan de aandelen gekoppelde reserves terwijl partijen dit in de overeenkomst niet zo hebben beschreven. Kunnen de desbetreffende aandeelhouders dan desondanks aanspraak maken op uitkering van het bedoelde bedrag? Een ander voorbeeld is dat ten aanzien van een bepaald besluit is overeengekomen dat deze de instemming van alle aandeelhouders behoeft, terwijl in de statuten een gewone meerderheid is vereist. Volstaat dan een besluit genomen met een gewone meerderheid of kan een aandeelhouder verlangen dat het besluit bij unanimiteit moet worden genomen?

In essentie gaat het hierbij om het antwoord op de vraag of bij discrepantie tussen de beide regelingen de statutaire regeling prevaleert boven de contractuele regeling en zo neen, hoe de discrepantie dan moet worden opgelost.

In de jurisprudentie zijn over deze vragen enkele uitspraken te vinden. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Rechtbank Middelburg.⁸⁹ In deze casus was sprake van een joint venture met vier partijen die elk 25% van de aandelen hielden. In de joint venture overeenkomst was onder meer vastgelegd dat het afstoten van een deelneming een bij unanimiteit verleende goedkeuring van de algemene vergadering behoeft. In de statuten was voor deze kwestie echter een meerderheid van twee/derden opgenomen. Op enig moment dreigt voor de vennootschap de ondergang door een zwaar verlieslijdende dochter waarvoor de joint venture vennootschap zich mede hoofdelijk had verbonden.

Het onheil kon worden afgewend door verkoop van de dochter tegen een symbolisch bedrag, waarbij de koper tevens de schulden van de dochter zou voldoen en de joint venture-vennootschap van haar aansprakelijkheid verlossen. De joint venture vennootschap zou door deze transactie van de ondergang worden gered. Een van de aandeelhouders weigerde instemming te verlenen aan de overdracht. Hieraan lag ten grondslag dat hij vreesde dat hem door de verkoop het gras voor de voeten zou worden weggemaaid in een door hem opgestarte enquêteprocedure.

De rechtbank overwoog terzake van de vraag of de statutaire regeling moest prevaleren boven de contractuele regeling het volgende:

'VenV c.s. enerzijds en Sandieson anderzijds verschillen van mening over de betekenis die, gezien de andersluidende bepaling in de statuten, moet worden toegekend aan artikel 4.5 van de samenwerkingsovereenkomst. (...) Zonder nader onderzoek valt niet met voldoende zekerheid vast te stellen wat partijen voor ogen heeft gestaan. (...) Derhalve zal er voorshands van worden uitgegaan dat Sandieson in beginsel een beroep toekomt op artikel 4.5 van de samenwerkingsovereenkomst.'

89 Pres. Rb. Middelburg 14 april 1998, JOR 2000, 25 (VenV).

Een soortgelijke vraag was aan de orde in de Versatel-beschikking. In deze casus speelde dat terzake van de voorbereiding van bepaalde besluiten in de overeenkomst nadere afspraken waren gemaakt over de wijze waarop de partners/aandeelhouders van informatie zouden worden voorzien en bij de besluitvorming zouden worden betrokken. Alle aandeelhouders waren hierbij partij. Tussen partijen bestond kennelijk verschil van inzicht over de vraag of deze afspraken moesten worden nageleefd indien de wettelijke en statutaire regels waren nageleefd. De Ondernemingskamer overwoog in dit verband:⁹⁰

‘Zoals ook Versatel heeft aangevoerd heeft de samenwerking tussen de oorspronkelijke partijen het karakter van een joint venture. De daaruit voor Cromwilld voortvloeiende bijzondere aanspraken kunnen aan Cromwilld niet zonder meer ontnomen worden enkel op de grond dat besluitvorming naar regels van vennootschapsrecht in striktere zin op correcte wijze heeft plaatsgevonden.’

Uit de beide genoemde uitspraken kan worden afgeleid dat een statutaire regeling niet per definitie boven een daarvan afwijkende contractuele regeling staat. Dit is mijns inziens een logisch gevolg van het feit dat statutaire en contractuele regelingen naast elkaar kunnen bestaan (zie § 2.3). Of de statutaire regeling prevaleert boven de contractuele, kan blijken uit de bedoeling van partijen. Indien blijkt dat partijen met de statutaire regeling hebben beoogd de eerder gemaakte contractuele regeling terzijde te stellen, prevaleert de statutaire regeling.

Indien dit niet kan worden vastgesteld, moet in beginsel ook de contractuele regeling worden nageleefd. Denkbaar is ook dat in de aandeelhoudersovereenkomst is opgenomen dat bij strijd tussen de overeenkomst en de statuten, de contractuele regeling prevaleert. Vanuit juridisch oogpunt zie ik hiertegen geen bezwaren.⁹¹ Hiermee is echter niet gezegd dat de statutaire regeling door de contractuele regeling terzijde kan worden gesteld.

Hoe dit in concreto uitwerkt, hangt mijns inziens af van het onderwerp van de regeling. Indien bijvoorbeeld in de overeenkomst een regeling is opgenomen over een vereiste meerderheid dan kan van partijen in beginsel worden gevorderd dat zij van hun zeggenschapsrechten zodanig gebruik maken dat de besluitvorming (slechts) plaatsvindt zoals dat is overeengekomen. Stellen de statuten zwaardere eisen dan moeten deze voor de geldigheid van het besluit worden nageleefd. Als de lagere contractuele eis dan wordt behaald, kan eventueel van een onwillige partij worden gevorderd dat hij zijn stem vóór het voorstel uitbrengt, opdat het besluit vennootschapsrechtelijk tot stand komt. Partijen kunnen dan mogelijk ook medewerking vorderen dat de statutaire regeling in overeenstemming wordt gebracht met de contractuele regeling. Hetzelfde geldt m.m. als de overeenkomst een zwaardere meerderheidseis stelt dan de statuten, zoals het geval was in het zojuist genoemde vonnis van de Rechtbank Middelburg.

⁹⁰ OK 20 mei 1999, NJ 2000, 199.

⁹¹ J.M. Blanco Fernández, a.w. (noot 61), p. 518 e.v. gaat er als ik het goed zie als regel van uit dat statuten boven de overeenkomst gaan en dat een bepaling als de onderhavige in beginsel zonder rechtskracht is.

Hebben de afspraken betrekking op de blokkering van aandelen - in de overeenkomst is bijvoorbeeld een aanbiedingsregeling opgenomen en de statuten voorzien in een goedkeuringsregeling - dan zullen beide regelingen moeten worden nageleefd. De contractuele regeling omdat dit is afgesproken, de statutaire regeling omdat naleving hiervan een voorwaarde is voor de geldigheid van de overdracht.

Interessant is de vraag hoe moet worden omgegaan met een contractuele regeling omtrent het recht in een liquidatiesaldo, terwijl de statuten op dit punt geen nadere regeling bevatten. De wet bepaalt op dit punt slechts dat bij gebreke van een statutaire regeling het saldo wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders (art. 2:23b lid 1 BW). Bij het bepalen hiervan zal bij gebreke aan een statutaire regeling het gelijkheidsbeginsel leidend moeten zijn bij het vaststellen van ieders aandeel. Het ligt voor de hand dat hierbij het nominale bedrag van de aandelen het uitgangspunt zal zijn. Omdat het gelijkheidsbeginsel kan worden gezien als een verbijzondering van de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid, zou ik willen bepleiten dat mits alle aandeelhouders partij zijn bij de desbetreffende overeenkomst en hieraan redelijke overwegingen ten grondslag liggen,⁹² de vereffenaars overeenkomstig de contractuele regeling tot uitkering moeten overgaan.

Samengevat brengt het bovenstaande mee dat indien in een concrete situatie de overeenkomst moet worden nageleefd, bij discrepantie tussen de statutaire regeling en de contractuele regeling, in beginsel beide regelingen moeten worden nageleefd. Indien het onderwerp zich daartoe leent, zijn partijen gehouden om aan de effectuering van de overeenkomst mee te werken bij de uitoefening van hun wettelijke of statutaire bevoegdheden. Dit kan eventueel ook bestaan uit het meewerken aan het tot stand komen van een statutenwijziging, waarbij de statutaire regeling in overeenstemming wordt gebracht met de contractuele regeling. Zoals uit het laatste voorbeeld blijkt, kunnen soms ook functionarissen die geen partij zijn bij de overeenkomst onder omstandigheden gehouden zijn om de overeenkomst tot uitvoering te brengen. Hierop ga ik in de volgende paragraaf nader in.

4.2 *Werking jegens (organen van) de vennootschap?*

Uit de Versatel-casus blijkt dat de effectuering van de aandeelhoudersovereenkomst niet steeds louter een kwestie is van uitoefening van zeggenschapsrechten door aandeelhouders. De effectuering van afspraken die uit de aandeelhoudersovereenkomst voortvloeien, kan op tal van onderwerpen betrekking hebben en kan ook de medewerking behoeven van het bestuur of een ander orgaan van de vennootschap. Een voorbeeld hiervan is een recht op informatie van individuele aandeelhouders. De te beantwoorden vraag in dit verband is of het bestuur of andere organen van de vennootschap zich bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden rekenschap moeten geven van hetgeen de aandeelhouders zijn overeengekomen.

92 Vgl. HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 436 m.nt. Ma (Verenigde Bootlieden).

In de jurisprudentie is deze kwestie meermalen aan de orde geweest. Zo verbood de Rechtbank Den Haag dat een rechtsgeldig door de algemene vergadering genomen emissiebesluit tot uitvoering werd gebracht. Hieraan lag ten grondslag dat aanmerkelijk werd geacht dat de partijen de verdeling van de zeggenschap nauwkeurig hadden vastgesteld en dat de emissie tot een ‘enorme, objectief niet te rechtvaardigen verwatering’ van een van de partijen in de joint venture vennootschap zou leiden.⁹³ Of hierbij een rol speelde dat de vennootschap partij was bij de overeenkomst, blijkt niet. Dit is mogelijk omdat uit het feitenrelaas kan worden afgeleid dat de vennootschap partij was bij de samenwerkingsovereenkomst. In de hierna te bespreken uitspraken is dit niet geval zodat moet worden aangenomen dat de vennootschap geen partij was, of althans dat hieraan geen betekenis werd toegekend.

Ik besprak zojuist al het vonnis van de Rechtbank Middelburg, waarin de rechtbank als uitgangspunt nam dat een aandeelhouder in beginsel kan verlangen dat een overeengekomen unanimiteitseis moet worden nageleefd, ook als de statuten anders bepalen. Hieruit kan worden afgeleid dat de algemene vergadering alsdan niet zonder meer met twee/derden meerderheid mag besluiten. Een voorbeeld van een arrest van de Hoge Raad waaruit volgt dat de organen van de vennootschap zich niet geheel kunnen onttrekken aan hetgeen tussen de aandeelhouders is overeengekomen, is het Chipshol-arrest uit 1997.⁹⁴ Verkort weergegeven betrof het in deze casus een situatie waarin een persoon - de heer Van Andel - zich beschikbaar had gesteld voor een functie in de raad van commissarissen hoewel deze persoon daar op grond van de aandeelhoudersovereenkomst niet voor in aanmerking kwam. Een niet onbelangrijk detail is dat de persoon in kwestie een van de partijen bij het opstellen van de aandeelhoudersovereenkomst had bijgestaan. De algemene vergadering benoemt Van Andel tot commissaris.

Een van de andere aandeelhouders verzet zich tegen de benoeming en vordert onder meer dat het bestuur een algemene vergadering bijeenroept met als agenda-punt het ontslag van Van Andel. Het bestuur weigert hieraan medewerking te verlenen. Hij stelt zich hierbij onder meer op het standpunt dat het aan de algemene vergadering is om commissarissen te benoemen en te ontslaan, dat de benoeming rechtsgeldig is geschied en dat de aandeelhoudersovereenkomst niet bindend is voor de vennootschap en Van Andel omdat zij daarbij geen partij zijn.

De Hoge Raad gaat hier evenwel niet in mee. De Hoge Raad overweegt dat de handelwijze van Van Andel mede gezien zijn nauwe betrokkenheid bij het tot stand komen van de overeenkomst onrechtmatig is jegens de desbetreffende aandeelhouder. De Hoge Raad oordeelde voorts dat de vennootschap onrechtmatig handelde door na te laten maatregelen te treffen - zoals het doen van een behoorlijk toegelicht ontslagvoorstel op een daartoe bijeen te roepen algemene vergadering - die Van Andel het verder functioneren als commissaris beletten. Hoewel de vennootschap geen partij was bij de aandeelhoudersovereenkomst en het benoemingsbesluit conform de wettelijke en statutaire bepalingen tot stand was gekomen, staat het de (organen van de) vennootschap niet vrij om de contractuele regeling naast zich neer te leggen.

93 Pres. Rb. Den Haag 27 april 1994, *KG* 1994, 176 (Aegon-Nuts NV), besproken door o.m. C.A. Schwarz, *WPNR* 6149 (1994), p. 593 e.v.

94 HR 29 november 1996, *NJ* 1997, 345 (Chipshol).

De Hoge Raad oordeelde in het Aurora-arrest ook al dat de vennootschap onrechtmatig had gehandeld jegens de wederpartij bij een aandeelhoudersovereenkomst, omdat het bestuur van de vennootschap een andere overnemende partij prefereerde dan degene aan wie enkele van de aandeelhouders al een optie op hun aandelen hadden verleend. Dit is een fundamenteel andere casus dan het Chipshol-arrest waarin alle aandeelhouders partij waren bij de overeenkomst. Als ik het goed zie, lag echter in het Aurora-arrest de onrechtmatigheid mede besloten in het bericht van de vennootschap aan de optiegevers dat zij niet aan het optiecontract waren gebonden. Aldus werd wanprestatie jegens Aurora uitgelokt. Vennootschappelijke doorwerking was hier mijns inziens dan ook niet aan de orde.⁹⁵

Deze lijn is ook in uitspraken van Ondernemingskamer te vinden. Zo overwoog de Ondernemingskamer in de (eerste) Versatel-beschikking:⁹⁶

‘Wat betreft de stelling dat Versatel tekort doet aan de gerechtvaardigde belangen en verwachtingen van Cromwilld als aandeelhoudster geldt het volgende. Juist is het betoog van Cromwilld dat de wijze waarop de bij de vennootschap betrokkenen met elkaar om dienen te gaan mede dient te worden beoordeeld tegen de achtergrond van de oorspronkelijke verhoudingen binnen de vennootschap en de wijze waarop de samenwerking tussen de betrokkenen tot stand is gebracht en vorm is gegeven. Voorts betoogt Cromwilld terecht dat ook het miskennen van die achtergrond door de vennootschap en mitsdien de wijze waarop – de organen van – een vennootschap omgaan/omgaat met of tekort doet aan de meer in het bijzonder vanwege die achtergrond gerechtvaardigde belangen van een betrokkene een grond kan zijn tot het bevelen van een onderzoek als in deze zaak is verzocht.’ (r.o. 3.3)

De OK oordeelde vervolgens dat contractuele aanspraken niet terzijde kunnen worden gesteld ‘enkel op de grond dat besluitvorming naar regels van vennootschapsrecht in striktere zin op correcte wijze heeft plaatsgevonden’ (zie ook § 4.1). De vennootschap en haar organen mogen derhalve niet voorbij gaan aan hetgeen partijen zijn overeengekomen of met hun afspraken hebben beoogd. In de (tweede) Broadnet-beschikking,⁹⁷ liet de OK zich in gelijke zin uit, waarbij de OK expliciet de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW aan haar oordeel ten grondslag legt.

‘(...) De wijze waarop bij de vennootschap betrokkenen met elkaar om behoren te gaan – te beoordelen naar onder meer de vennootschapsrechtelijke normen van art. 2:8 BW – wordt immers mede bepaald door de bijzondere wijze waarop de samenwerking tussen de betrokken partijen tot stand is gekomen en vorm heeft gekregen’ (r.o. 3.3) en:

‘Op grond van het vorenoverwogene kan worden geconcludeerd dat door Broadnet en/of de met haar verbonden organen in strijd met de aan de joint-venture-overeenkomst ten grondslag liggende bedoeling van partijen is gehandeld. Het miskennen van die bedoeling en het daaruit voortvloeiende tekort doen aan de belangen van ETH/Ganley vormen een gegronde reden om aan een juist beleid van Broadnet te twijfelen.’ (r.o. 3.5)

⁹⁵ Zeer kritisch over het Aurora-arrest en het Chipshol-arrest is A.L. Mohr, ‘Hoe schatplichtig is de vennootschap aan het vrije contractenrecht?’, in: *J.L.P. Cahen-bundel*, p. 226.

⁹⁶ OK 20 mei 1999, *NJ* 2000, 199.

⁹⁷ OK 8 mei 2002, *JOR* 2002/112 m.nt. J.M. Blanco Fernández.

Bij deze jurisprudentie zijn in de literatuur wel vraagtekens geplaatst. Vooral het gegeven dat de overeenkomst moet worden gerespecteerd door de vennootschap c.q. organen van de vennootschap terwijl de vennootschap geen partij is bij de overeenkomst, heeft tot kritiek geleid.⁹⁸ Vanuit de optiek dat contracten alleen tussen partijen werken, is deze opvatting goed te begrijpen. De vraag is echter of een waterschot tussen de contractuele verhoudingen enerzijds en de rechtspersonenrechtelijke verhoudingen anderzijds wel zo voor de hand ligt.

In de bovengenoemde jurisprudentie ligt besloten dat de aard en achtergrond van de vennootschap en de daarbinnen bestaande verhoudingen mede worden bepaald door de aandeelhoudersovereenkomst en hetgeen partijen daarmee hebben beoogd. Hier is mijns inziens weinig tegen in te brengen. Bij joint ventures en vergelijkbare samenwerkingsverbanden is de rechtspersoon immers het vehikel voor het realiseren van de in de overeenkomst neergelegde afspraken. Het is dan mijns inziens niet meer dan logisch dat de contractuele verhoudingen doorwerken in de rechtspersonenrechtelijke verhoudingen. Deze doorwerking verloopt, zo kan worden afgeleid uit de boven besproken jurisprudentie, via de zorgvuldigheid die de bij de rechtspersoon betrokkenen jegens elkaar in acht dienen te nemen op grond van art. 2:8 BW.⁹⁹ Dit is geheel in overeenstemming met de jurisprudentie van de Hoge Raad dat de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid worden ingekleurd door de aard en achtergrond van de vennootschap.¹⁰⁰

Het ligt aldus beschouwd voor de hand dat betekenis wordt toegekend aan het bestaan van een aandeelhoudersovereenkomst bij de beoordeling van wat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Ik kan mij dan ook goed vinden in het patroon dat in de rechtspraak is ontwikkeld. Dit patroon houdt in dat de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid worden ingekleurd door het bestaan van een aandeelhoudersovereenkomst en hetgeen partijen daarmee hebben beoogd. De in acht te nemen zorgvuldigheid ten opzichte van de vennootschap en de medeaandeelhouders wordt mede bepaald door de aandeelhoudersovereenkomst.¹⁰¹

Dit kan ertoe leiden dat orgaanbemanners bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden moeten bewerkstelligen dat de tussen de aandeelhouders gemaakte afspraken worden geëffectueerd. Voor deze doorwerking is mijns inziens wel als regel vereist dat alle aandeelhouders partij zijn bij de overeenkomst. Het past niet bij de normering van de bestuurstaak of die van een toezichthoudend orgaan dat de afspraken tussen slechts enkele aandeelhouders op grond van de redelijkheid en

98 A.L. Mohr, a.w. (noot 95), p. 217 e.v. m.n. p. 224.

99 J.M. Blanco Fernández, a.w. (noot 83), p. 149, meent dat de doorwerking kan worden verklaard door het bestaan van identiteit tussen aandeelhouders en algemene vergadering. De doorwerking naar andere organen kan hiermee echter niet worden verklaard.

100 HR 1 maart 2002, *JOR* 2002, 79 (Zwagerman).

101 Zie ook Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, p. 230. In aanvulling op de genoemde uitspraken kunnen nog worden genoemd OK 28 december 2005, *JOR* 2006/66 (Gekas & Boot) en OK 30 december 2008, *JOR* 2009/128 (Sunergy Investco). Enigszins uit de toon valt mijns inziens OK 17 juni 2008, *JOR* 2008/265 (KPN Narrowcasting) hetgeen mogelijk verband hield met het feit dat geen verwijt werd gemaakt aan de joint venture partner maar alleen aan de joint venture vennootschap. Zie ro. 3.27. Ik werk dit hier niet verder uit.

billijkheid richtinggevend moeten zijn bij de uitoefening van die taken.¹⁰² De afspraken zijn dan niet bepalend voor de aard van de vennootschap en de vennootschappelijke verhoudingen.¹⁰³

Ik heb mij nog de vraag gesteld of de vennootschappelijke doorwerking niet op gespannen voet staat met het autonomiebeginsel uit het Forumbank-arrest. Ik ben tot de conclusie gekomen dat dit niet het geval is, omdat de doorwerking is gebaseerd op art. 2:8 BW. Het bestuur en andere organen behouden hun autonomie maar moeten bij de afweging van belangen die zij in het kader van de uitoefening van hun taken en bevoegdheden moeten maken, nadrukkelijk rekening houden met belangen van de aandeelhouders bij de naleving van de afspraken en hetgeen daarmee is beoogd. Van een doorkruising van de wettelijke of statutaire verdeling van bevoegdheden als zodanig is dan ook geen sprake (zie § 2.2 en § 3.2).

Het aanvaarden van de doorwerking via art. 2:8 BW van afspraken gemaakt tussen de aandeelhouders, legt de basis voor een verbods- of gebodsactie op grond van art. 3:296 BW teneinde medewerking van (organen van) de vennootschap bij het realiseren van nakoming van de overeenkomst af te dwingen. Het handelen in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW kan in voorkomende gevallen ook leiden tot vernietiging van een besluit op grond van art. 2:15 BW¹⁰⁴ - bijvoorbeeld indien een contractueel overeengekomen unanimité niet is geëerbiedigd - en mogelijk zelfs worden bestreden met een actie uit onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW. Uit het Chipshol-arrest blijkt dat deze werking inderdaad aan aandeelhoudersovereenkomsten kan toekomen.

In dit verband kan er nog op worden gewezen dat de Hoge Raad in het kader van een actie tot verkrijging van afgeleide schade heeft geoordeeld, dat de maatschappelijke zorgvuldigheid in de zin van art. 6:162 BW mede wordt ingekleurd door vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW.¹⁰⁵ Handelt een bestuurder in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst en schaaft hij daardoor de belangen van een aandeelhouder, dan is – behoudens rechtvaardigingsgronden etc. – de stap naar een kwalificatie als onrechtmatige daad jegens de aandeelhouder dan ook bepaald niet ondenkbeeldig. Dit geldt a fortiori indien de op bescherming van de aandeelhouder gemaakte afspraken in de statuten zijn opgenomen.¹⁰⁶

De conclusie is dan ook dat de aandeelhoudersovereenkomst waarbij alle aandeelhouders partij zijn een krachtig document is, ook als de vennootschap hierbij geen partij is.

Onder omstandigheden kan het bestuur van de vennootschap vanwege de belangen van aandeelhouders gehouden zijn *geen* uitvoering te geven aan een overeenkomst. In dit verband kan worden vermeld OK 20 juli 2001, *JOR* 2001/203 (Nering-Plein). In deze casus was niet aan de orde dat art.

¹⁰² Dit sluit niet uit dat het bestuur in uitzonderlijke gevallen in het belang van de vennootschap gehouden kan zijn zich van een tussen slechts enkele aandeelhouders gesloten overeenkomst rekenschap te geven. Dit is dan echter gebaseerd op art. 2:9 BW en niet op art. 2:8 BW. Ik werk dit hier niet verder uit.

¹⁰³ Vgl. J.M. Blanco Fernández, a.w. (noot 83), p. 150.

¹⁰⁴ In deze zin ook M. Meinema, a.w. (noot 9), p. 208-209. Zie ook Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, p. 230.

¹⁰⁵ Zie HR 16 januari 2007, *LJN* AZ0419, *JOR* 2007/112 m.nt. Van Veen en Van Wechem.

¹⁰⁶ Zie HR 20 juni 2008, *LJN* BC4959, *NJ* 2009, 21 m.nt. Ma en H.J. Snijders, *JOR* 2008/260 m.nt. Borrius (Willemssen/NOM).

2:201 BW als zodanig was weggecontracteerd, maar of een ongelijke behandeling van aandeelhouders door de vennootschap was geoorloofd ten aanzien van het recht op het verkrijgen van leningen van de vennootschap. De Ondernemingskamer overwoog in dit verband dat een in een aandeelhoudersovereenkomst opgenomen regeling die leidt tot een ongelijke behandeling van aandeelhouders ten aanzien van de omvang van een door de vennootschap te verlenen lening, op zichzelf niet voldoende rechtvaardiging biedt voor de ongelijke behandeling. 'De Ondernemingskamer neemt hierbij in aanmerking dat aannemelijk is dat B & L onder grote (tijds)druk afstand heeft gedaan van haar winstrecht alsmede en in verband daarmee dat het de vraag is of B & L voldoende inzicht is gegeven in de omstandigheden tegen de achtergrond waarvan het besluit van 14 februari 1995 is genomen onderscheidenlijk de overeenkomst van 15 februari 1995 is aangegaan' (r.o. 3.3). Het staat de vennootschap derhalve niet zonder meer vrij om zich te beroepen op tussen de aandeelhouders gemaakte afspraken ter rechtvaardiging van een ongelijke behandeling. De vennootschap lijkt dit slechts te kunnen doen als helder is dat de desbetreffende aandeelhouder, zich welbewust van de implicaties van de afspraken, heeft ingestemd met de ongelijke behandeling.

4.3 *Het belang van de vennootschap en medeaandeelhouders als correctie?*

In de vorige paragrafen was de doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten in vennootschapsrechtelijke verhoudingen aan de orde. In deze paragraaf ga ik in op een ander aspect van de wisselwerking tussen het vennootschapsrecht en het contractenrecht, namelijk of vennootschapsrechtelijke normen aan het verlangen van nakoming in de weg kunnen staan. Dat het bestaan van een aandeelhoudersovereenkomst de in concreto geldende eisen van redelijkheid en billijkheid inkleurt, is in de vorige paragraaf aan de hand van jurisprudentie geïllustreerd. In beginsel moeten ook de (organen van de) vennootschap rekening houden met hetgeen aandeelhouders in de aan de vennootschap ten grondslag liggende samenwerkingsovereenkomst zijn overeengekomen.

Hiermee is niet gezegd dat een aandeelhouder zonder meer nakoming van hetgeen is overeengekomen kan verlangen. Als de samenwerkingsovereenkomst de door de vennootschap en de daarbij betrokkenen in acht te nemen zorgvuldigheid inkleurt, geldt dat ook voor de door de desbetreffende aandeelhouder zelf in acht te nemen zorgvuldigheid. Dit kan er ook toe leiden dat nakoming van een overeenkomst niet kan worden verlangd. In de jurisprudentie zijn hiervan ook diverse voorbeelden te vinden.

Een voorbeeld hiervan is de hierboven al genoemde uitspraak van de Rechtbank Middelburg van 14 april 1998, *JOR* 2000/25 (VenV). Hoewel de contractuele unanimiteitseis als uitgangspunt werd genomen, werd het beroep hierop verworpen met de volgende overweging:

'Gelet op de problemen mag van Sandieson, zonder miskenning van haar belangen als aandeelhouder, niettemin, mede gezien de voor haar uit de samenwerkingsovereenkomst voortvloeiende verplichting de belangen van alle aandeelhouders na te streven en gezien de verantwoordelijkheid die zij als aandeelhouder mede draagt voor de belangen van andere belanghebbenden bij de vennootschap zoals werknemers, een constructieve benadering van mogelijke oplossingen worden verwacht.'

De rechtbank legde Sandieson vervolgens de verplichting op om vóór het voorstel tot overdracht van de deelneming te stemmen, bij gebreke waarvan het vonnis de plaats van de stem zou innemen.¹⁰⁷ Terzijde merk ik op dat gezien het feit dat de statutair vereiste meerderheid was gehaald, het mijns insziens meer voor de hand had gelegen te bepalen dat Sandieson in het concrete geval geen nakoming van de overeenkomst kon eisen.

In de in de vorige paragraaf genoemde Versatel-beschikking van 20 mei 1999, NJ 2000, 199, nam de uitspraak eenzelfde wending. Na als uitgangspunt te hebben geformuleerd dat ook de contractuele afspraken in beginsel dienen te worden nageleefd, overwoog de Ondernemingskamer in r.o. 3.6:

‘Bij die stand van zaken doch ook afgezien daarvan geldt verder dat juist het joint venture karakter van de samenwerking tussen de oorspronkelijke partijen meebrengt dat ook op Cromwilld de verplichting rust naar beste vermogen het totstandbrengen van een gemeenschappelijk gedragen beleid te bevorderen, (...), en staat het haar niet, althans niet zonder meer of steeds vrij in de eerste plaats haar eigen belangen voorop te stellen.’

Het verzoek tot het gelasten van een onderzoek werd vervolgens afgewezen.

Een uitspraak die in dit verband ook genoemd kan worden, is de beschikking van de Hoge Raad van 19 oktober 2001, NJ 2002, 92 (Skygate Holding BV). In deze casus speelde dat de joint venture BV dringend behoefte had aan additionele financiering. Een van de joint venture partners frustreerde de besluitvorming hieromtrent, vermoedelijk omdat zij een uitbreiding van haar deelname niet kon financieren. In het kader van de enquêteprocedure werd verzocht om een voorlopige voorziening die onder meer voorzag in het uitgeven van converteerbare leningen door de BV. FTS verzette zich tegen deze voorziening onder meer omdat het een onomkeerbaar effect zou hebben op de overeengekomen verhouding in de aandelenpakketten in de joint venture BV.

De Hoge Raad verwierp deze stellingen. Een redelijke afweging van belangen brengt mee dat FTS de emissie niet kan blokkeren met een beroep op de bestaande verhoudingen aangezien het uitblijven van de emissie zal leiden tot insolventie van de vennootschap en bovendien de door FTS gevreesde verwatering niet hoeft op te treden indien zij zou besluiten in de financiering te participeren.

Een laatste voorbeeld dat ik noem, is het arrest van het Hof Amsterdam 25 april 2002, JOR 2002/128 (Gorillapark). In deze casus was eveneens aan de orde dat de vennootschap dringend behoefte had aan aanvullende financiering. De vennootschap stelde in dat kader een investeringsplan op, dat nader was uitgewerkt in de zogenoemde Tweede Gewijzigde Aandeelhoudersovereenkomst. Een van de aandeelhouders - IIP - stelde dat van hem niet kon worden verwacht het investeringsplan te aanvaarden omdat het ten opzichte van de bestaande aandeelhoudersovereenkomst voorzag in een minder gunstige antiverwateringsclausule.

¹⁰⁷ Voor een stemverbod zie bijv. Rb. Alkmaar 1 november 1989, LJN AH2889.

Het Hof overwoog dat IIP hierdoor, gezien de noodsituatie waarin de vennootschap zich bevindt, handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid jegens de vennootschap¹⁰⁸ en de aandeelhouders die partij zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst. Het beroep op de oorspronkelijke antiverwateringsclausule wordt in verband hiermee naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geoordeeld. Het Hof bevestigt ten slotte het in eerste aanleg opgelegde gebod dat IIP zich dient te gedragen conform de Tweede Gewijzigde Aandeelhoudersovereenkomst.

Samengevat blijkt uit de jurisprudentie dat de partijen bij een joint venture of een daarmee vergelijkbare samenwerkingsvorm zich constructief moeten opstellen jegens de vennootschap en de andere partijen bij het vinden van een oplossing. Als regel kan nakoming worden verlangd maar het belang van de vennootschap en de belangen van de overige aandeelhouders, kunnen zich hiertegen verzetten. De eisen van redelijkheid en billijkheid die aandeelhouders op grond van art. 2:8 BW in acht dienen te nemen jegens de vennootschap, kunnen aldus aan het verlangen van nakoming in de weg staan (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid),¹⁰⁹ of zelfs nopen tot het accepteren van een andere dan de overeengekomen regeling (aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid).¹¹⁰

De vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW werken aldus via de beperkende - en soms zelfs de aanvullende - werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW, krachtig door in de contractuele verhoudingen. De vennootschap behoeft hiertoe - zoals uit de aangehaalde jurisprudentie blijkt - geen partij te zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst.¹¹¹

5. Voldoende speelruimte bij de vormgeving van samenwerking: Flexibilisering BV-recht?

De vraag die in deze beschouwing centraal staat, is of ons recht voldoende speelruimte biedt om joint ventures en andere samenwerkingsvormen adequaat vorm te geven. Ik ben op dit punt niet pessimistisch. Boek 2 BW bevat weliswaar teveel dwingend recht, maar tot onoverkomelijke problemen leidt dit niet omdat overeenkomsten tussen aandeelhouders over de inrichting van de samenwerking als regel geldig zijn. Ook met anderen zoals potentiële investeerders kunnen binnen zekere grenzen geldige afspraken over de uitoefening van bevoegdheden worden gemaakt (zie § 2.2 en § 3.3). Uit specifieke bepalingen uit Boek 2 BW kan weliswaar nietigheid of vernietigbaarheid van een contractuele regeling voortvloeien (§ 3.1) en aandeelhoudersovereenkomsten kunnen ook ongeldig zijn wegens strijd met de goede zeden of openbare orde (§ 3.2), maar dit leidt niet tot onwerkbare of onwenselijke beperkingen aan de vrijheid van inrichting van de samenwerking.

¹⁰⁸ Aangezien de vennootschap geen partij was bij de overeenkomst wordt kennelijk gedoeld op de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW.

¹⁰⁹ Art. 6:248 lid 2 jo. art. 2:8 BW.

¹¹⁰ Art. 3:296 en/of art. 6:248 lid 1 jo. art. 2:8 BW.

¹¹¹ Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 387.

In een overeenkomst kunnen veel onderwerpen worden geregeld die ook in statuten kunnen worden geregeld. Wel sorteren de beide regelingen een ander juridisch effect (§ 2.3, § 4.1). Discrepancie tussen een statutaire en contractuele regeling kan tot interpretatieproblemen leiden in die zin dat niet duidelijk is of partijen met de ene regeling hebben beoogd de andere terzijde te stellen. Hiervoor kunnen partijen evenwel een voorziening treffen in de overeenkomst (§ 4.1).

Aandeelhoudersovereenkomsten werken voorts, zo blijkt ook uit de jurisprudentie, via de rechtspersonenrechtelijke redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW door in de vennootschapsrechtelijke verhoudingen. Ook het bestuur en eventueel andere organen van de vennootschap kunnen op grond van art. 2:8 BW gehouden zijn te bewerkstelligen dat de tussen de aandeelhouders gemaakte afspraken ten uitvoer worden gelegd. Een voorwaarde hiervoor is wel dat alle aandeelhouders partij zijn bij de overeenkomst (§ 4.2). De wisselwerking tussen het rechtspersonenrecht en het contractenrecht werkt ook in de omgekeerde richting. De eisen van redelijkheid en billijkheid die een aandeelhouder jegens zijn medeaandeelhouders en de vennootschap in acht dient te nemen, werken krachtig door in de contractuele verhoudingen (zie § 4.3).

Mijn conclusie is dan ook dat het samenspel van statuten en overeenkomsten zoals dat de laatste jaren in de jurisprudentie is uitgekristalliseerd, de nodige flexibiliteit biedt bij het inrichten van de samenwerking. De belangrijkste beperkingen bij het inrichten van de samenwerking zijn gelegen in het feit dat bepaalde specifieke wensen niet in statuten kunnen worden opgenomen. Op dit punt is dus nog winst te behalen.

De ophanden zijnde flexibilisering van het BV-recht zal juist op dit punt verbetering brengen. In de memorie van toelichting wordt wel gesuggereerd dat de flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht ook de contractsvrijheid vergroot,¹¹² maar dit is naar mijn mening slechts in beperkte mate het geval. Het geldt inderdaad voor zover bepalingen van kapitaalbescherming komen te vervallen (zie § 3.1), maar met betrekking tot bepalingen die de inrichtingsvrijheid betreffen, zie ik slechts beperkte veranderingen optreden. De verhouding tussen Boek 2 BW, statuten en overeenkomsten wijzigt niet fundamenteel. Ook onder de nieuwe regeling sorteren statutaire regelingen een ander juridisch effect dan overeenkomsten (§ 2.3, § 4.1).

Een materiële verandering in de contractuele mogelijkheden treedt mijns inziens wel op met betrekking tot regelingen omtrent de winstverdeling. De wet zal straks toestaan om van de wettelijke of statutaire winstverdelingsregeling af te wijken mits met instemming van alle aandeelhouders (art. 2:216 lid 6 BW). Dit opent de mogelijkheid om bij overeenkomst een afwijkende winstverdelingsregeling overeen te komen, waaraan de afspraak wordt gekoppeld dat steeds overeenkomstig de contractuele regeling zal worden gestemd. Het bedrag dat op basis van dit besluit wordt uitgekeerd, geldt als dividenduitkering door de vennootschap. Naar huidig recht moet

112 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 16-17 en p. 43.

de geldigheid van een dergelijk besluit worden betwijfeld omdat het besluit strijdig is met de wet of de statuten.¹¹³

Partijen zouden voor een dergelijk arrangement kunnen kiezen omdat zij de winst-verdelingsregeling die hen voor ogen staat buiten de openbaarheid willen houden. Aan een contractuele regeling is evenwel ook een risico verbonden. Zo kan de overeengekomen regeling worden doorkruist door het faillissement van een aandeelhouder of kan bij onwilligheid van een aandeelhouder het afdwingen van de afspraken via de rechter noodzakelijk zijn. Aan een statutaire regeling kleven deze bezwaren niet. Ook hier blijkt dat statuten een ander effect sorteren dan een contractuele regeling.

Het gegeven dat de statuten meer kunnen worden afgestemd op de wensen van partijen brengt in theorie mee dat de statuten de functie van de aandeelhoudersovereenkomst zouden kunnen benaderen. Dit zie ik echter niet zo snel gebeuren. De gebruikelijke gang van zaken is dat partijen eerst afspraken maken over hoe ze zullen gaan samenwerken en dat vervolgens de statuten daarop worden ingericht. Door een flexibeler BV-recht zal dit proces waarschijnlijk niet anders gaan verlopen.

Met de nieuwe regeling worden bovendien weer nieuwe bepalingen geïntroduceerd waarvan bij statuten niet kan worden afgeweken. Zo geldt voor tal van besluiten dat zij slechts kunnen worden genomen bij unanimiteit of met instemming van de aandeelhouders aan wier rechten afbreuk wordt gedaan. Dit brengt mee dat partijen in sommige gevallen toch weer op een aandeelhoudersovereenkomst moeten terugvallen om het gewenste effect te bereiken. In dit verband heb ik al eens bepleit om naar Arubaans voorbeeld wat meer flexibiliteit in de regeling in te bouwen, zodat contractuele regelingen ook statutair kunnen worden vormgegeven.¹¹⁴

Het gegeven dat meer in statuten zal kunnen worden opgenomen, komt uiteraard de flexibiliteit ten goede. Partijen zijn hierdoor meer in staat het juridisch effect van hun afspraken te bepalen. Tegen het opnemen van een regeling in statuten bestaat echter soms het bezwaar dat een in statuten opgenomen regeling openbaar wordt. De regeling voor de flex-BV brengt hierin geen verandering. Hiervoor is uitdrukkelijk gekozen. In essentie overweegt de minister op dit punt dat de statuten zijn bedoeld voor afspraken die ook voor derden betekenis hebben en daarom voor hen kenbaar dienen te zijn.¹¹⁵

Het is echter de vraag of dit geldt voor alles wat in de statuten staat of kan worden opgenomen. Voor onderwerpen als naam, zetel, doel en vertegenwoordigingsbevoegdheid is dat denk ik wel het geval. Maar geldt dit ook voor bijvoorbeeld de winstverdelingsregeling, het kapitaal - dat in het wetsontwerp tot vereenvoudiging van het BV-recht geen enkele functie meer heeft in relatie tot derden - vervreemdingsplichten en benoemingsregelingen? Hier is dunkt mij wel enige discussie over mogelijk.

113 Een dergelijk besluit werd nochtans geldig geacht in de fiscale uitspraak van Hof Amsterdam 28 juni 1994, *TVVS* 1995, p. 74.

114 Zie mijn bijdrage aan het Thema-nummer Het nieuwe BV-recht in aantocht: 'Statutaire verbintenissen, verplichtingen tot uittreden en het ontnemen van aan aandelen verbonden rechten volgens het ontwerp inzake de Flex-BV', *WPNR* 6731 (2007), p. 950-958.

115 *Kamerstukken II* 32 426, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

Een van de mogelijkheden om op dit punt meer flexibiliteit in te bouwen, zou zijn om toe te staan dat een deel van hetgeen in statuten kan worden geregeld, kan worden opgenomen in een specifiek reglement. In het verenigingenrecht bestaat een vergelijkbare figuur in de vorm van het afdelingsreglement dat in art. 2:41a BW voor de regeling van bepaalde onderwerpen met statuten is gelijkgesteld. In het Arubaanse vennootschapsrecht bestaat zo'n reglement voor de VBA.¹¹⁶ Inderdaad is het dan verstandig om de beschikbaarheid van de doorlopende tekst voor de betrokkenen bij de rechtspersoon veilig te stellen en wellicht is het ook zaak om nadere regels te stellen over de totstandkoming en wijziging van zo'n reglement,¹¹⁷ maar dat kan geen reden zijn om er van af te zien. Een wetstechnisch eenvoudiger oplossing zou overigens zijn om te bepalen dat slechts bepaalde regelingen uit de statuten openbaar gemaakt zouden behoeven te worden en andere niet. De BV zou er nog aantrekkelijker op worden voor joint venture- en daarmee vergelijkbare doeleinden.

Concluderend brengt de ophanden zijnde flexibilisering van het BV-recht zeker verbetering waar het gaat om de vrijheid van inrichting van de samenwerking. Er blijft echter nog wel wat te wensen over.

¹¹⁶ Zie W.J.M. van Veen/J.W. Bellingwout, *De Arubaanse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA)*, Deventer: Kluwer, 2008, p. 27-28.

¹¹⁷ Aldus de MvT. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 3. Voor de Arubaanse oplossingen zie t.a.p. vorige noot.

In de ZIFO-reeks verschenen:

1. **Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?**

prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. T.J. van der Ploeg, prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers, prof.
mr. W.J.M. van Veen, prof. mr. A.F. Verdam

